Das Recht am Markenartikel

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Friese

aus Königsberg Pr.

Rechtsanwalt am Oberlandesgericht

zu Königsberg Pr.

Approbiert am 14. Oktober 1929

Königsberg Pr.

Louis Beerwald Verlag

1930

30:270

Referent: Universitätsprofessor Dr. Locher

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

A. Die Elemente des Markenartikels.

I. Die Bedeutung der Marke für die Markenartikel.
1. Die Individualisierung der Ware durch die Marke.
2. Marke und Reklame als Werbemittel.
3. Marke und Monopole.

II. Markenartikel und Qualität.
1. Rechtliche Sicherungen der Qualität.
2. Qualitätsgarantie im tatsächlichen Sinne.

III. Markenartikel und Preis.

B. Der Rechtsschutz der Preisbindung bei Markenartikeln.

I. Bestrebungen auf gesetzliche Regelung der Preisbindung.

II. Zulässigkeit vertraglicher Preisbindung.

III. Der Rechtsschutz der Preisbindung.
1. Die rechtlichen Wirkungen der Preisbindung gegenüber dem Vertragskontrahenten.
2. Die rechtlichen Grundlagen für den Schutz des Markenartikels gegenüber Dritten.
3. Die Art des Rechtsschutzes gegenüber Außenseitern.

C. Markenschutzverbände und das Recht am Markenartikel.

Anhang.

Literaturverzeichnis.

Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen von Preisbindungen bei Markenartikeln, ebenso wie die gegen solche Preisbindungen erhobenen Angriffe, insbesondere das sogenannte Preisschleudern, sind in den letzten drei Jahrzehnten außerordentlich häufig Gegenstand richterlicher Entscheidungen und wissenschaftlicher Untersuchungen gewesen. Im Mittelpunkt dieser Erörterungen stand fast stets die Frage, wieweit auf der einen oder auf der anderen Seite ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten anzunehmen sei. Im folgenden wird der Versuch gemacht, das Problem des Preisschutzes für Markenartikel unabhängig von der Berufung auf sittenwidriges Handeln zu lösen. Zu diesem Zwecke erschien es erforderlich, die einzelnen Elemente des Markenartikels nach der wirtschaftlichen und rechtlichen Seite zu analysieren, um seinem Wesen nahezukommen und daraus eine besondere Grundlage für Rechtsschutz zu gewinnen.

A. Die Elemente des Markenartikels.

I. Die Bedeutung der Marke für die Markenartikel.

1. Die Individualisierung der Ware durch die Marke.

Das Wort Markenartikel bringt zum Ausdruck, daß für die damit bezeichnete Ware die Verbindung mit einer „Marke" wesentlich ist. „Marke" ist dabei, der Verkehrsauffassung entsprechend, in denkbar weitem Sinne, nämlich in dem Sinne einer äußeren Kennzeichnung der Ware zu verstehen, die den praktischen Zweck hat, bestimmte Waren von anderen gleichartigen oder ähnlichen zu unterscheiden und dem Käufer die Möglichkeit zweifelsfreier Bezeichnung oder Benennung der von ihm gewünschten Ware zu geben[1]). Die besondere Kennzeichnung kann erfolgen

1. entweder durch Verwendung des Namens oder der Firma des Herstellers (z. B. Blookers Kakao) oder eines Zeichens oder einer Ausstattung (§ 15 WZG), welche diese Firma für ihre sämtlichen oder einen bestimmten Kreis der Waren führt. (Firmenmarke),
2. oder durch Verwendung von Zeichen und Ausstattungen, die ausschließlich zur Kennzeichnung gerade einer bestimmten Ware dienen (Warenmarke).

Für die Begriffsbestimmung der Markenartikel muß es als unerheblich angesehen werden, ob es sich um eingetragene oder um nicht eingetragene Warenzeichen handelt[2]); entscheidend ist allein eine der Waren nicht immanente, von außen an sie herangebrachte Kennzeichnung[3]). Nicht wesentlich ist, daß diese Kennzeichnung geeignet ist,

---

[1]) Vgl. Halberstädter, im Handwörterbuch d. Betriebswirtschaft, Bd. V, S. 450 ff. Artikel: „Typung".

[2]) Vgl. Hirsch, Der moderne Handel, S. 13.

[3]) Findeisen (Die Markenartikel, S. 32) unterscheidet zwischen „uneigentlichen" und „eigentlichen" Markenartikeln und versteht unter ersteren solche, „deren Marke nicht gesetzlich geschützt ist, während die eigentlichen eine Schutzmarke tragen". Es sind aber sicher auch die Artikel der ersten Gruppe begrifflich als Markenartikel anzusehen.

unmittelbar oder mittelbar den Hersteller erkennen zu lassen; das wird allerdings meistens als wesentlich für den Markenartikel hingestellt deshalb, weil man von der im geltenden deutschen Warenzeichenrecht festgelegten Unselbständigkeit der gesetzlich geschützten Marke, von ihrer Verbundenheit mit einem bestimmten Geschäftsbetrieb (§§ 1, 9 Ziff. 2 WZG) ausgeht; paßt man den Begriff „Markenartikel" diesen positiven Gesetzesbestimmungen, die keineswegs gerade auf diesen Begriff zugeschnitten sind, an, dann hätte die Markierung allerdings die Bedeutung und den Zweck, den Hersteller anzugeben und die Ware als gerade von ihm erzeugt, auszuweisen. Es liegt aber kein Anlaß vor, den Begriff Markenartikel so einzuengen. Gewiß gibt es viele Waren, deren Verbindung mit einem bestimmten Produktionsbetrieb so innig ist, daß für ihre Wertschätzung die Erzeugung gerade in diesem bestimmten Betrieb wesentlich ist; bei einer großen Zahl von Markenartikeln ist aber die Marke als solche im Verkehr das Entscheidende, ohne daß der Konsument sich Gedanken darüber macht, in welchem Betriebe die Ware hergestellt wird. Bei diesen Artikeln würde in der Regel eine Änderung in der Bewertung nicht eintreten, wenn sie in einem anderen Betriebe hergestellt werden, wenn nur ihr Wesen und ihre äußere Kennzeichnung dieselbe bleibt. Diese, jedem Kleinhändler geläufige Erfahrungstatsache ist von Bedeutung deshalb, weil für nicht eingetragene Marken der Trennung von dem ursprünglichen Herstellungsbetriebe nach deutschem Recht nichts im Wege steht und weil in einigen ausländischen Staaten, insbesondere in Frankreich, Italien, Spanien und den meisten südamerikanischen Staaten[4]) der Grundsatz der Übertragbarkeit der Marken ohne gleichzeitige Übertragung des erzeugenden Betriebes gesetzlich anerkannt und weil es nicht ausgeschlossen ist, daß dieser Grundsatz eines Tages auch im Deutschen Reich und schließlich allgemein im internationalen Rechtsverkehr Geltung erhält; jedenfalls haben namentlich in der letzten Zeit gewichtige Stimmen aus Praxis und Wissenschaft sich für Übernahme dieses Grundsatzes ausgesprochen; ich weise insbesondere auf den im G. R. U. R., 1919, S. 23 ff. abgedruckten Bericht hin, den H. Isay unter dem Titel „Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke" erstattet hat, sowie ferner auf die Verhand-

[4]) Vgl. die Zusammenstellung bei Heinemann, G. R. U. R., 1929, S. 49.

lungsberichte der „Warenzeichentagung" in G. R. U. R., 1929, S. 751 ff. Wollte man für den Begriff „Markenartikel" als wesentlich die Kennzeichnung durch ein den Hersteller angebendes Zeichen ansehen, dann würde man den Begriff in einer der Verkehrsauffassung zuwider laufenden Weise einengen. Wie schon erwähnt, gibt es heute eine große Zahl von Markenartikeln, von deren Hersteller das kaufende Publikum keine Ahnung hat; der Markenartikel gewinnt im Verkehr, insbesondere bei dem kaufenden Publikum, den Charakter eines konstanten Objekts, wird mehr oder weniger „entpersönlicht[5])". Die Marke, insbesondere das Wortzeichen, der Warenname, ist bei diesen Waren für den Konsumenten das Entscheidende. Es gibt sicher nur wenig Kranke (und Gesunde), die wissen, welche Fabrik „Aspirin" oder „Pyramidon" oder „Veronal" oder einen ähnlichen allgemein bekannten Markenartikel herstellt; wahrscheinlich wissen das nicht einmal alle Ärzte. Dasselbe gilt sicher für die meisten anderen, als Markenartikel hergestellten pharmazeutischen Produkte und ebenso für die meisten kosmetischen Artikel — es sei denn, daß zu ihrer Kennzeichnung gerade die Firma oder ein mit der Firma verbundenes Zeichen benutzt wird (z. B. Sebalds Haartinktur, Lohses Mundwasser und ähnliches).

Soweit als Kennzeichnung der Ware lediglich eine Ausstattung dient, besteht nach § 15 WZG die Möglichkeit, daß diese Ausstattung mit Genehmigung des Berechtigten zur Kennzeichnung gleichartiger Waren auch dann benutzt wird, wenn sie im Betriebe eines anderen hergestellt wird.

Folgt man der vorstehenden Auffassung, dann hat man zwei Gruppen von Markenartikeln zu unterscheiden:

1. solche, deren Kennzeichnung lediglich dazu dient, die Warengattung in äußerlich wahrnehmbarer Weise zu individualisieren und von anderen zu unterscheiden;

2. solche, deren Kennzeichnung außerdem noch bezweckt, den Hersteller erkennen zu lassen.

Grundsätzlich ist es nach geltendem Recht in das freie Belieben eines Erzeugers gestellt, ob er die von ihm hergestellten Waren in der erörterten Weise kennzeichnen will oder nicht. Es gibt jedoch ausnahmsweise Fälle, in denen die Pflicht besteht, eine solche Kennzeichnung vorzunehmen. So ist durch das Gesetz „Über den Verkehr mit

[5]) Vgl. Findeisen, a. a. O., S. 31.

Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen" (Lebensmittel-Gesetz) vom 5. Juli 1925 in § 5 Ziff. 3 und durch die zur Ausführung dieser Bestimmung ergangene Verordnung „Über die äußere Kennzeichnung von Lebensmitteln" die Pflicht statuiert worden, auf gewissen Waren, z. B. Konserven oder deren Umhüllung den Namen oder die Firma des Produzenten anzugeben. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind nur aus gewerbe- und gesundheitspolizeilichen Gründen erlassen worden; aber die zwangsweise erfolgte „Markierung" der Waren hat privatrechtlich dieselbe Bedeutung wie eine freiwillige.

Die im vorstehenden erwähnte, insbesondere die im Sinne einer Hersteller-Angabe erfolgende Kennzeichnung ist an sich nicht auf bestimmte Waren oder Warenarten beschränkt; sie kommt sowohl bei vertretbaren Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs als auch bei Waren in Frage, die als Individualsachen hergestellt und feilgehalten werden, z. B. bei kunstgewerblichen und handwerksmäßig hergestellten Gegenständen. Der Ausdruck „Markenartikel" wird jedoch im heutigen Handelsverkehr nicht in dem weiten Sinne verwendet, daß alle Waren, welche in der angegebenen Weise eine zur Unterscheidung dienende Kennzeichnung tragen, als Markenartikel gelten; vielmehr beschränkt sich der Gebrauch dieses Ausdrucks auf solche Waren, die als Typen oder Standards im Handelsverkehr erscheinen, d. h. Waren, die in bezug auf Größe, Form, besondere Zusammensetzung, Gewicht oder in anderer Beziehung in bestimmt festgelegter, grundsätzlich gleichbleibender Art als vertretbare Waren und zwar als Massenprodukte in den Handel gebracht werden. Aber nicht alle Waren dieser Art sind geeignet, Gegenstand der Kennzeichnung durch eine Marke und dadurch zum Markenartikel im verkehrsüblichen Sinne gestempelt zu werden. Innerhalb des Kreises solcher Typenwaren sind nämlich zwei Gruppen zu unterscheiden:

1. Standards für den Großhandel, insbesondere den Welthandel; hier sind es gewisse Rohstoffe und Halbfabrikate, für welche bestimmte Gattungseigenschaften durch Interessentengruppen oder durch Handelsgebrauch allgemein ein für allemal oder jährlich aufs neue normiert werden[6]). Diese Nor-

[6]) Vgl. Sombart, „Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus", III, 2, S. 662; Hirsch, „Der moderne Handel", S. 18, 73 u. 74.

mierung erfolgt zu dem ausgesprochenen Zweck, den Großhandel, insbesondere den Welthandel mit diesen Waren durch Schematisierung und Schablonisierung zu erleichtern[7]), insbesondere es zu ermöglichen, Großgeschäfte über solche Waren ohne Zugrundelegung und Übersendung von individuellen Mustern oder Proben, lediglich unter Bezugnahme auf die Benennung der Standard-Type abzuschließen (vgl. Hirsch a. a. O.). Diese Rohstoffe (z. B. Baumwolle, Getreide, Kaffee, Heringe) oder Halbfabrikate (Trägereisen, Garne usw.) haben ihre besonderen Benennungen (z. B. Kaffee „Santos good average". Baumwolle „Upland middling", bestimmte Profil-Nummern für Trägereisen usw.), die in rein sachlicher Weise den bestimmten Typ oder Standard angeben, ohne Rücksicht auf die verschiedenen Betriebe, von welchen die Ware auf den Markt gebracht wird; der Standard stellt ein Idealmuster dar, seine Benennung dient lediglich zur Kennzeichnung einer nach Merkmalen, insbesondere Mindestqualitäten festgelegten Gattung, losgelöst von jeder individuellen Besonderheit.

2. Fertigfabrikate, die aus produktionstechnischen und absatzpolitischen Gründen typisiert sind.

Auch bei den unter 2) angeführten Waren handelt es sich um gattungsgemäß hergestellte vertretbare Waren, die in Massen gleichartig nach einem bestimmten feststehenden Typ produziert werden. Für die Konzentration auf bestimmte Typen kommen bei dieser Gruppe zwei verschiedene Gründe in Frage:

a) entweder der rein produktionswirtschaftliche Grund, die Ausführungsformen einer bestimmten Gattung von Erzeugnissen auf die denkbar geringste Anzahl zu beschränken, um Massenfertigung, mindestens Reihenfertigung, dieser typisierten Erzeugnisse und dadurch einerseits einen hohen Grad von Vervollkommnung, andererseits denkbar größte Verbilligung der Herstellung zu ermöglichen;

---

[7]) Vgl. Findeisen, „Die Typisierung im Warenhandel", in Zeitschrift f. Handelswissenschaft und Handelspraxis, 12. Jahrgang, S. 201 ff.; Müller-Erzbach, „Das Unpersönliche im Welthandel", in Zeitschr. f. d. gesamte H. R. 86, 123.

b) oder der absatzpolitische Grund der bewußten Schaffung bestimmter Qualitäts-, Ausführungs- und Aufmachungsformen, die zur Befriedigung vorhandener oder erst noch zu weckender Spezialbedürfnisse der Konsumenten und zur Herstellung einer unmittelbaren Verbindung zwischen Produzenten und Konsumenten dienen sollen[8]).

Beide Gründe sind oft gleichzeitig bestimmend. Soweit lediglich der zu a) erwähnte Grund maßgebend ist, besteht im Ergebnis enge Verwandtschaft mit den zu 1. erwähnten Standards, namentlich dann, wenn alle Erzeuger von Waren der fraglichen Gattung oder doch ein größerer Teil derselben die gleichen Typen herstellen; es handelt sich dann eben um mehr oder weniger allgemeingültige Typen. Soweit dagegen der zu b) angegebene Zweck verfolgt wird, besteht ein wesentlicher Unterschied gegenüber den zu 1. erwähnten Waren. Dieser Unterschied liegt darin, daß es sich hier nicht um Typen handelt, die allgemeine Gültigkeit haben sollen, vielmehr gerade um solche, deren Normierung ausschließlich von einem bestimmten Produzenten für seinen Betrieb ausgeht; es handelt sich also um eine Sondergattung, die als solche eine bestimmte Kennzeichnung erhält, meist unter Angabe des Herstellers. Während die unter 1. erwähnten Warengattungen durch nichts als ihre allgemeine Typenbezeichnung charakterisiert sind, treten die andern aus der Sphäre der reinen Sachlichkeit, aus ihrer Anonymität heraus und erfahren durch besondere Kennzeichnung innerhalb der Gattung eine Individualisierung, die am vollkommensten dann ist, wenn die Ware des bestimmten Typs außer einer eigenartigen Ausstattung und eventuell der Angabe des Herstellers noch einen besonderen Namen in Gestalt eines Wortzeichens trägt; Pflanzenfett einer bestimmten Firma ist nun nicht mehr Pflanzenfett schlechthin, sondern z. B. Palmin; Tee, den eine bestimmte Firma importiert, bearbeitet und in eigenartiger Packung in den Handel bringt, ist jetzt nicht mehr Tee schlechthin, sondern z. B. Rex-Tee; und ein von einer bestimmten chemischen Fabrik hergestelltes Mundwasser erscheint nicht als Mundwasser schlechthin, sondern z. B. als „Odol".

Nicht entscheidend ist, daß die Kennzeichnung der Ware gerade durch den Fabrikanten oder den ersten Erzeuger

[8]) Vgl. hierzu Halberstädter, a. a. O. S. 451; Müller-Erzbach, a. a. O. S. 125.

vorgenommen wird. Sie kann z. B. für solche Waren, die im Auftrage eines Händlers oder einer Händlervereinigung hergestellt werden, durch eben diesen Besteller selbst erfolgen; das ist z. B. der Fall bei den zahlreichen als Markenartikel feilgehaltenen Lebensmitteln, welche die Edeka-Zentrale von verschiedenen Fabriken unter Ausschluß des Großhandels bezieht und an die ihr angeschlossenen Einkaufsgenossenschaften unter der Handelsmarke „Edeka" (-Kakao, -Tee, -Weinbrand, -Schuhcreme usw.) liefert; ebenso bei der Einkaufsgenossenschaft von Uhrmachern, welche die von verschiedenen Fabrikanten in bestimmten Standardformen hergestellten Uhren unter der einheitlichen Handelsmarke „Alpina" an ihre Mitglieder weitergibt.

Nicht ist für den Begriff Markenartikel erforderlich, daß es sich um Waren handelt, die in dieser Art nur der bestimmte Fabrikant herstellen darf; es kann sich auch um Waren handeln, deren Herstellung und Vertrieb jedem anderen Gewerbetreibenden freisteht, bei denen also der Gegenstand der Produktion oder das Produktionsverfahren nicht durch Patent oder sonstwie geschützt oder bei denen der ursprünglich vorhandene Patent- oder Musterschutz erloschen ist. Die Individualisierung des Erzeugnisses erfolgt in solchen Fällen lediglich durch die Marke oder die Ausstattung, deren Rechtsschutz bei patentierten Waren nach herrschender Meinung auch nach Beendigung des Patentschutzes fortbesteht[9]).

Als Markenartikel werden im Verkehr nicht alle typisierten Gattungswaren, sondern nur die zuletzt unter b) gekennzeichneten Waren angesehen. Callmann[10]) will anscheinend alle Standardwaren als Markenartikel betrachtet wissen. Denn nach seiner Auffassung sind Markenartikel nicht nur solche Artikel, die mit Warenzeichen und solche, die mit irgendeinem anderen, auf die Betriebsstätte des Herstellers hinweisenden Kennzeichen versehen sind, sondern auch die Waren, die als einziges Kennzeichen „die besondere Beschaffenheit aufzuweisen haben, insbesondere auch Kohlen, Stahl, Eisen. Zur Stütze dieser Auffassung beruft Callmann sich auf das Urteil des Kartell-Gerichts vom 17. Februar 1927 Kart. R. 1927, 268). In diesem Urteil ist jedoch nicht zum Ausdruck gebracht, daß Stahl und Eisen,

[9]) R. G. in der „Aspirin"-Entscheidung v. 2. 12. 24 in JW. 1926, S. 46 und Callmann, Anm. 153a zu § 16 U. W. G.

[10]) Anm. 94 zu § 1. U. W. G.

insbesondere Rohstahl und Roheisen vom Kartell-Gericht als Markenartikel angesehen werden. Das Urteil zieht zwar die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte über Preisbindung und Preisunterbietung bei Markenartikeln zum Vergleich heran; es heißt an der fraglichen Stelle wörtlich:

> „Im vorliegenden Falle handelt es sich insbesondere nicht, wie in jener Rechtsprechung entscheidend hervorgehoben ist, um luxusähnliche Markenartikel, deren gleichwertiger Bezug aus anderen Quellen regelmäßig möglich wäre, sondern um Gegenstände des notwendigen Wirtschaftsbedürfnisses, die ausschließlich auf dem Wege über die Absatzorganisation des Stahlwerksverbandes beziehbar sind."

Das Kartell-Gericht will hier offensichtlich nicht einen Unterschied zwischen zwei verschiedenen Gruppen von Markenartikeln, etwa zwischen luxusähnlichen und anderen Markenartikeln machen; es stellt vielmehr der Luxusähnlichkeit der meisten Markenartikel (insbesondere der in der herangezogenen Rechtsprechung erwähnten) die Wirtschaftsnotwendigkeit des Eisens und des Stahls gegenüber. In diesem Sinne faßt auch R. Isay in seiner Bemerkung zu dem zitierten Urteil die Ausführungen des Kartellgerichts auf; „es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen preisgebundenen Markenartikeln und den hier streitigen Gegenständen notwendigen Wirtschaftsbedarfs, die keinerlei Markencharakter tragen[11])". Würde man der von Callmann vertretenen Auffassung folgen, dann müßten zweifellos alle Standards als Markenartikel gelten, denn sie haben ja zweifellos als einziges Kennzeichen „die besondere Beschaffenheit" aufzuweisen. Diese Ausdehnung des Begriffs „Markenartikel" widerspricht aber offensichtlich dem Sinn, welchen der Handelsverkehr dem Wort beilegt. Die Callmann'sche Auffassung wird nur dadurch verständlich, daß er den Begriff Markenartikel ausschließlich im Hinblick auf die Preisgestaltung verwendet wissen will. Er bezeichnet am Ende seiner Ausführungen an der angegebenen Stelle seines Kommentars als Markenartikel „in dem hier in Frage kommenden Sinn" alle Waren, deren Preis für jeden gewerbsmäßigen Verkauf vom Fabrikanten festgelegt wird. Callmann geht dabei offensichtlich von folgender Erwägung aus: an sich ist es rechtlich gleichgültig, ob eine Ware

[11]) Kart. R. 1927, S. 274.

als Markenartikel bezeichnet wird oder nicht; rechtliche Besonderheiten für Waren irgendwelcher Art bestehen, sobald Preisbindung durch den Fabrikanten eintritt; alle Waren, bei denen das der Fall ist, haben insofern rechtlich etwas Gemeinsames; um diese Waren als eine in diesem Sinne einheitliche Kategorie zusammenzufassen, soll das Wort „Markenartikel" benutzt werden, weil sich mit demselben erfahrungsgemäß die Vorstellung einer Preisgebundenheit verknüpft. Aber dabei übersieht Callmann, daß der Verkehr mit dem Wort „Markenartikel" nicht nur die Vorstellung einer Preisgebundenheit, sondern in erster Linie die Vorstellung einer Kennzeichnung der Waren durch eine Marke verbindet; ein Umstand, der keineswegs bei allen preisgebundenen Waren gegeben ist. Er wählt also ohne zwingenden Grund für die Umschreibung des Begriffs der preisgebundenen Gattungswaren einen Ausdruck, der in der Praxis einen ganz anderen, viel engeren Sinn hat. Ein solches Verfahren dient nicht zur Erleichterung der Verständigung.

Im übrigen ist die Preisbindung bei Markenartikeln nach Grund und Art wesentlich verschieden von der Preisbindung bei den sonstigen standardisierten Waren, sofern sie dort praktisch überhaupt in die Erscheinung tritt. Preisbindungen bei den oben zu 1. und 2. a) erwähnten Waren, die von einer mehr oder minder großen Gruppe von Erzeugern in bestimmter Typung hergestellt oder in den Handel gebracht werden, kommen praktisch nur in der Weise vor, daß durch ein Kartell der Fabrikpreis, seltener der Großhandelspreis, und so gut wie nie der Kleinverkaufspreis festgesetzt wird; die Preisbindung bezweckt hier, zu verhindern, daß einer der mehreren kartellmäßig gebundenen Fabrikanten oder Großhändler dasselbe Erzeugnis billiger liefert als die andern. Die Preisbindung bei Markenartikeln geht dagegen von dem einen Erzeuger aus, der ein Interesse daran hat, daß alle Kleinhändler seinen bestimmten Markenartikel zum gleichen Preise feilhalten und verkaufen[12]).

---

[12]) Vgl. R. Isay in Kart. R. 1929, S. 174 und Tschierschky in Kart. R. 1929, S. 142.

Mit obigen Ausführungen steht es nicht im Widerspruch, daß Markenartikelhersteller gleicher Branche, z. B. Schokoladen-, Glühlampen-, Schreibmaschinenfabrikanten, vielfach durch Konventionen die Zahl ihrer Ausführungsformen beschränken und für die jeweils entsprechenden Formen aller Beteiligten gleiche Kleinverkaufspreise festsetzen; hier sind die Fabrikate der ein-

Soweit als entscheidendes Merkmal des Begriffs Markenartikel die durch ein Zeichen herbeigeführte Kennzeichnung des Produzenten, also die Kundmachung des Zusammenhanges zwischen einem bestimmten Betriebe und einem bestimmten Artikel hingestellt wird, muß diese Umgrenzung des Begriffs auch nach geltendem Recht in gewissem Sinne erweitert werden, nämlich auf diejenigen Waren, welche von einem ganzen Kreis von Herstellern unter Benutzung eines sogen. „Verbandszeichens" in den Handel gebracht werden. § 24a des WZG. sieht die Möglichkeit vor, daß ein rechtsfähiger Verband von Herstellern und Fabrikanten ein Warenzeichen eintragen läßt für Waren bestimmter Art, die von den Mitgliedern des Verbandes in den Handelsverkehr gebracht werden. In einem solchen Falle ist Produzent und Markeninhaber nicht identisch; die Marke, mit welcher die in den Handel gebrachten Waren versehen werden, läßt nicht erkennen, aus welchem speziellen Betriebe die Ware stammt; sie macht nur erkennbar, daß die Ware aus einem der zum Verband gehörenden Betriebe stammt. Die Marke dient hier also nur in sehr beschränktem Maße zur Kennzeichnung des Herstellers; sie soll, wie es in der Denkschrift heißt, „hauptsächlich dem Zwecke dienen, eine vom Verbande gebotene Gewähr für Güte oder sonstige Beschaffenheit nach außen hin durch das Zeichen kundzugeben". Dem Konsumenten kann hier eine geeignete Unterlage für die Beurteilung der Ware dadurch gegeben werden, daß der Verband seinen Mitgliedern, wie das in § 24b vorgesehen ist, durch eine „Zeichensatzung" die Führung der Marke unter bestimmten Bedingungen, insbesondere unter der Bedingung der Einhaltung einer bestimmten Warenqualität, gestattet und diese Satzung bei der Anmeldung des Zeichens dem Patentamt einreicht. Die Benutzung derartiger Verbandszeichen erweist sich neuerdings von Bedeutung bei Verbänden, welche die Förderung des Absatzes landwirtschaftlicher Produkte (z. B. Käse, Butter, Eier) bezwecken, insbesondere wenn es gilt, die Konkurrenz mit

---

zelnen Hersteller durchaus voneinander verschieden, hinsichtlich der Konstruktion, der Zusammensetzung, der Form, der Ausstattung, Verpackung und Kennzeichnung; es soll nur für Fabrikate, die hinsichtlich ihrer Qualität und ihres Verwendungszwecks einander entsprechen, ein einheitlicher Preis, ein Standard-Marktpreis festgelegt werden, ohne daß dabei die individuelle Eigenart der einzelnen Fabrikate unterdrückt wird. Es handelt sich dann also nicht bei den sämtlichen Konventionsbeteiligten um einen E i n h e i t s typ, sondern nur um verwandte Typen.

hochwertigen ausländischen Produkten aufzunehmen und erhöhte Preise für besonders hochwertige inländische Ware zu erzielen; hier erweist sich die Benutzung eines Verbandszeichens für die Ware als unentbehrliches Mittel, um sie als zu einer besonderen Qualitäts-Kategorie gehörig zu kennzeichnen und um zum Ausdruck zu bringen, daß sie die von dem Verband festgesetzten Standardeigenschaften besitzt[13]).

Die im vorstehenden für Markenartikel festgestellten Besonderheiten weisen auch das im Wege der Massenproduktion hergestellte Buch und ebenso die Schallplatte auf. Zwar haben beide die Eigenart, daß der Konsument sie — wenigstens grundsätzlich — nicht um ihres körperlichen, ihres Materialwerts willen kauft, sondern um des geistigen, künstlerischen, seelischen Genusses willen, den sie durch ihre materiellen Besonderheiten zu vermitteln geeignet sind. Aber für den Handel ist die körperliche Form das Entscheidende, sind Bücher und Schallplatten Waren wie jede andere. Der immaterielle Gehalt verlangt nicht eine besondere Form der Ware, die ihn übertragen soll; die vom Verleger frei gewählte Ausstattung der „Ausgabe" eines Werkes und die Angabe seines Verlages stellen die äußere Kennzeichnung dieses Markenartikels dar. Das leuchtet ohne weiteres bei „gemeinfreien" Werken ein; denn hier stimmen die verschiedenen Ausgaben und Wiedergabeformen der verschiedenen Verleger, soweit der immaterielle Gehalt in Frage steht, völlig überein; sie unterscheiden sich allein durch die Aufmachung (Papier, Druck, Format, Einband); nur dadurch und durch die Angabe des Verlegers erfolgt die Individualisierung einer bestimmten Ausgabe, z. B. der Bibel, der Klassiker und aller übrigen durch Erlöschen des Urheberschutzes für den Nachdruck freigewordenen Werke[14]). Das gleiche muß aber für die unter Urheber- und Verlagsschutz stehenden Werke gelten; der Umstand, daß nur e i n Erzeuger das Werk in Massen herstellt, nimmt ihm den Markencharakter ebensowenig wie bei anderen Waren das Bestehen eines Patentes[15]). In der Rechtsprechung

---

[13]) In § 24a erblickt Baum auch die Grundlagen für die Schaffung des in der Praxis vielfach gewünschten „Konzern-Zeichens"; vgl. G. R. U. R., 1928, S. 859.

[14]) Winterhoff, „Die Krisis im deutschen Buchhandel", S. 60, erwähnt, daß z. B. Scheffels Ekkehard nach Ablauf der Schutzfrist innerhalb weniger Jahre in 33 verschiedenen Ausgaben von ebensoviel Firmen veröffentlicht wurde.

[15]) Die hier vertretene Auffassung teilen Winterhoff, a. a. O. S. 7—9 und 31; Steinkopff, „Organisationsfragen und Preisge-

wird das Buch allgemein den Markenartikeln gleichgestellt; mehrere für das Preisschleudern mit Markenartikeln grundlegende Entscheidungen beziehen sich gerade auf Bücher, z. B. Urteil des RG. vom 25. 6. 10 (Bd. 28, S. 238), vom 14. 12. 12 (Bd. 56, S. 271) vom 26. 10. 28 (in JW. 1929, S. 249); OLG. Karlsruhe vom 13. 6. 28 (in Kart. R. 28, 676). OLG. Frankfurt a. M. vom 6. 5. 29 (in Jur. W. Schr. 1929 S. 2754); Kart. Gericht vom 9. 5. 25.

2. Marke und Reklame als Werbemittel.

In der Eigenart der Markenartikel als standardisierter Massenware ist es begründet, daß die Vereinheitlichung und Individualisierung sich nicht auf die Herausarbeitung eines bestimmten Typs und die besondere Bezeichnung desselben beschränkt, sondern auch die Formen des Absatzes ergreift.

Insbesondere ergibt sich aus dem Wesen des Markenartikels zwangsläufig die besondere Art der Propaganda. Sie ist notwendigerweise Einheitspropaganda durch den Produzenten, weil

a) die Einheitlichkeit der Kennzeichnung einer bestimmten Ware die Einheitspropaganda des Produzenten nicht nur erst möglich macht, sondern geradezu verlangt;

b) der Produzent, um dauernd einen bestimmten Artikel gleichmäßig in Massen herstellen zu können, nicht von dem guten Willen und der Propagandatätigkeit der Händler abhängig sein darf, vielmehr durch eigene planmäßige Propaganda die Kauflust der Konsumenten erregen und dauernd wachhalten muß.

Hierzu ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

---

staltung auf dem deutschen Büchermarkt", S. 60; ebenso auch Findeisen, „Markenartikel", S. 32, allerdings mit der Begründung, daß der geistige Gehalt dem Buch die dem Warenzeichen entsprechende Kennzeichnung verleiht. Hierbei sei aber auf die eigenartige Erscheinung der in „Serien", „Reihen", „Sammlungen" herausgegebenen Bücher verwandten oder auch verschiedenen Inhalts (z. B. Reclam-Bücher, Ullstein-Bücher, Tauchnitz-Edition, Sammlung Göschen usw.) hingewiesen, die durch diese ihre Bezeichnung und die besondere äußere Erscheinung gekennzeichnet werden; hier zeigt sich in jeder Weise das Bestreben nach Normung, nach Herstellung eines besonderen Buchtyps; diese Normung geht meist auch dahin, daß ein Einheitspreis für die ganze Serie festgesetzt und streng eingehalten wird, selbst wenn die einzelnen „Nummern" der Sammlung recht verschiedenen Umfang haben.

Die rechtliche Beurteilung hat von vier Gesichtspunkten aus zu erfolgen:

a) vom zeichenrechtlichen, insbesondere dem aus § 9 Abs. 1 Ziffer 3 WZG. sich ergebenden Gesichtspunkt,
b) vom wettbewerblichen,
c) vom allgemeinbürgerlichrechtlichen,
d) vom strafrechtlichen Gesichtspunkt.

Zunächst die zeichenrechtliche Seite der Qualität.

H. Isay in seinem oben erwähnten Gutachten und Baum in G. R. U. R. 1928, S. 857 lehnen ausdrücklich jedes Einstehen des Zeicheninhabers für eine bestimmte Qualität des Markenartikels, insbesondere auch die Anwendung des § 9 Abs. I Ziff. 3 W. Z. G. auf einen Tatbestand der gedachten Art ab. Das ist nicht einleuchtend; überzeugender erscheint die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und mehrfach in der Literatur vertretene Auffassung, daß unter besonderen Voraussetzungen § 9 Abs. I Ziff. 3 in Fällen erheblicher Qualitätsverschlechterung anwendbar sei[29]). Diese Gesetzesbestimmung geht dahin, daß jeder Dritte die Löschung eines Warenzeichens beantragen kann, „wenn Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Inhalt des Warenzeichens den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet".

Es wird also vorausgesetzt, daß es sich um ein Warenzeichen handelt, welches irgendwie auf die Beschaffenheit der Ware hinweist, zu deren besonderer Kennzeichnung es dient. Nun sind allerdings Warenzeichen, seien es Bild- oder Wortzeichen, recht selten, die von vorneherein einen Hinweis auf bestimmte Beschaffenheit, auf bestimmte Qualitäten der Ware enthalten; es kommt aber, wie das Reichsgericht (Bd. 40 S. 95/96) mit gutem Grunde ausführt, nicht darauf an, ob ein Zeichen schlechthin geeignet ist, als Hinweis auf bestimmte Warenqualität zu dienen; vielmehr ist allein die Auffassung des kaufenden Publikums maßgebend, auf welches „Zweck und Bestimmung des Zeichens berechnet" ist; daher ist entscheidend, ob „in seinen Augen der als Zeichen gewählte Name eine Qualitätsbezeichnung" ist.

In einer späteren Entscheidung[30]) heißt es: „Es ist immerhin die Möglichkeit anzuerkennen, daß das Zeichen

---

[29]) Vgl. R. G. Z. 40, S. 91; 44, S. 13; 54, S. 126; 55, S. 34; 85, S. 200; 111, S. 197; M. u. W. 22, S. 134; Jur. W. 1925, S. 1285; Smoschewer in G. R. U. R. 1929, S. 269 ff.; Caro in G. R. U. R. 1930, S. 493 ff. und die dort Zitierten.

[30]) Vgl. G. R. U. R. 1911, 32.

der Klägerin in der Tat als Kennzeichen besonders guter Qualität gilt. Für die Frage, welchen Inhalt ein Zeichen habe, ist maßgebend die Auffassung und Gewöhnung des Publikums. Das, was dieses im Zeichen sieht, sagt es ihm, ist sein Inhalt." Nach der Entscheidung in Jur. W. 1925 S. 1285 ist „Inhalt" im Sinne des § 9 Nr. 3 „das, was sich das Publikum bei diesem Zeichen denkt".

So hat das Reichsgericht z. B. die Bezeichnung „Direktorskie" als Qualitätsangabe für Zigaretten (Bd. 40 S. 91) und das Wort „Germania"-Apfel als Qualitätsangabe für amerikanische Äpfel (Bd. 55 S. 34) anerkannt und zwar lediglich deshalb, weil die als Käufer in Frage kommenden Kreise in jenen Worten auf Grund langjähriger tatsächlicher Übung einen Hinweis auf besondere Beschaffenheit der damit bezeichneten Waren erblicken.

In Fortführung dieses Gedankens muß anerkannt werden, daß die jahrelange Benutzung eines Warenzeichens für eine in bestimmter stets gleichbleibender guter oder vorzüglicher Qualität hergestellte Ware dazu führt, daß das kaufende Publikum in dem Gebrauch dieses Zeichens einen Hinweis auf eine besondere Qualität der gezeichneten Waren erblickt, daß also das Zeichen in den Augen des Publikums die Bedeutung einer Qualitätsangabe, wenn auch nicht von Anfang an gehabt, so doch mit der Zeit erlangt hat. Wird die Ware demnächst in minderer Qualität aber unter Beibehaltung des Zeichens geliefert, dann ist fraglos der Fall eingetreten, daß der Inhalt des Zeichens den „tatsächlichen Verhältnissen" nicht mehr entspricht; wenn dadurch — was ohne weiteres anzunehmen ist — die Gefahr einer Täuschung begründet wird, so sind die Voraussetzungen des § 9 Abs. I Ziff. 3 gegeben[31]). Selbstverständlich trifft, wie Smoschewer[32])

---

[31]) Bing erwähnte auf der Berliner Warenzeichentagung im April 1929 folgenden Fall aus der amerikanischen Rechtsprechung: Die Royal Baking Powder Co. hatte ein Backpulver von besonders vorzüglicher Zusammensetzung in den Verkehr gebracht und für dieses Pulver etwa den fünffachen Preis der Konkurrenzware verlangt mit dem Hinweis, es sei vorzüglich, es sei kein Phosphat darin. Später entschloß sie sich, den Umsatz durch Herabsetzung des Preises zu steigern und dies durch Hinzufügung von Phosphat zu ermöglichen. Die Royal Baking Powder Co. wurde von der Federal Trade Commission verurteilt, weil sie die Ware, die sie solange unter einer bestimmten Bezeichnung in den Verkehr gebracht hatte, ohne Ankündigung verschlechtert und damit das Publikum getäuscht hatte (vgl. G. R. U. R. 1929, Seite 760).

[32]) G. R. U. R. 1929, S. 269.

hervorhebt, das Gesagte nicht schon bei unerheblicher oder nur vorübergehender Qualitätsminderung zu, sondern nur bei erheblichen Abweichungen, die solange aufrecht zu erhalten sind, daß sie als dauernde Änderung des Charakters der Waren anzusehen sind.

Durch das Bestehen des Klagerechts auf Löschung des Zeichens wird zwar ein unmittelbarer rechtlicher Zwang zur Beibehaltung einer bestimmten Qualität nicht ausgeübt; aber die Möglichkeit des Verlustes des Warenzeichens ist zweifellos geeignet, einen mittelbaren Zwang auf den Inhaber zur Beibehaltung der Qualität auszuüben, auf die nach der Auffassung des Publikums die Beibehaltung des Warenzeichens hinweist.

Während bei einem eingetragenen Warenzeichen der damit verbundene Rechtsschutz nur dann wegfällt, wenn auf Grund der Popularklage des § 9 die Löschung des Zeichens erfolgt ist, tritt dieser Rechtsverlust bei einem nicht eingetragenen Warenzeichen von selbst ein, wenn die oben erwähnten Voraussetzungen vorliegen.

Wenn der Tatbestand des § 9 Abs. I Ziff. 3 nicht als voll erfüllt angesehen wird, so braucht eine bewußt herbeigeführte Qualitätsverschlechterung doch nicht ohne rechtliche Folgen zu bleiben. In der Weiterbenutzung eines Warenzeichens für eine in der Qualität herabgeminderte Ware kann zum mindesten der Tatbestand des § 3 U. W. G. erblickt werden, nämlich eine unrichtige Angabe über die Beschaffenheit der Ware, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Da für diesen Fall, wenn die Hervorrufung dieses Anscheins beabsichtigt war, sogar öffentliche Strafe angedroht ist (§ 4 UWG), so besteht auch hier mittelbar Zwang zur Qualitätseinhaltung.

Schließlich kann darin, daß der Fabrikant unter Mißbrauch des durch langjährige gute Lieferung begründeten Vertrauens bewußt die Qualität verschlechtert, sei es um einen Ausgleich für erhöhte Produktionskosten zu beschaffen, sei es um mehr zu verdienen, eine den Tatbestand des § 826 BGB. oder auch des § 263 StGB. erfüllende Irrtumserregung zu erblicken sein, die eine zivilrechtliche und eventuell auch strafrechtliche Haftung des Fabrikanten begründen würde[33]).

[33]) Lediglich von diesem Gesichtspunkt beurteilt Bing auch den oben berichteten Fall, der nach seiner Auffassung nichts mit dem Warenzeichenrecht zu tun hat.

2. Qualitätsgarantie im tatsächlichen Sinne.

Abgesehen von den vorstehenden Sonderfällen kann es sich, wenn bei Markenartikeln von Qualitätsgarantie gesprochen wird, immer nur um eine rein tatsächliche Gewähr in dem Sinne handeln, daß eine Vermutung für die Beibehaltung einer bestimmten Qualität durch bestimmte Tatsachen geschaffen wird. Lediglich in diesem Sinne ist offensichtlich auch die von H. Isay erwähnte, von ihm sogenannte „Garantiefunktion" der Marke zu verstehen[34]). Es ist darüber gestritten worden, ob eine solche rein tatsächliche „Qualitätsgarantie" zum Begriff des Markenartikels gehört. Meist handelt es sich um einen Streit im Worte, also um einen müßigen Streit. Folgt man unvoreingenommen dem Sprachgebrauch und der Anschauung des Verkehrs, so erschöpft sich der Begriff des Markenartikels in den Merkmalen, die oben unter I 1 dargelegt sind, und erfährt nicht eine Einengung durch weitere Merkmale; eine bestimmte Zigarettenmarke, ein bestimmtes Mundwasser, eine bestimmte Sekt- oder Kognakmarke, eine Rasierklinge eines bestimmten Typs müssen zwar, wenn sie ihre Identität, ihr Wesen als Markenartikel wahren wollen, stets dieselbe äußere Kennzeichnung durch Marke oder Aufmachung beibehalten. Aber sie würden nicht aufhören, Markenartikel zu sein, wenn zeitweise oder ständig einer der Stoffe, die zu ihrer Herstellung verwendet werden, von erheblich schlechterer Qualität als ursprünglich sein oder wenn zeitweise oder dauernd die Herstellung nicht mehr mit der ursprünglichen Sorgfalt erfolgen sollte. Nur wenn der oben erörterte seltene Sonderfall gegeben ist, daß durch dauernde Qualitätsverschlechterung ein Verlust der Marke eintritt, würde die Ware ihren Charakter als Markenartikel verlieren; wobei aber zu beachten ist, daß es in solchem Falle den Fabrikanten freistände, die verschlechterte Ware mit einer neuen Marke zu versehen und ihr damit erneut den Charakter eines Markenartikels zu verleihen — allerdings eines anderen Markenartikels.

Aber wenn die Beibehaltung guter Qualität auch nicht Begriffsmerkmal des Markenartikels ist, so ist sie doch eine aus dem Wesen des Markenartikels sich ergebende praktische Notwendigkeit. Gewiß ist, wie Tschierschky[35]) bei Erörterng der Frage der Qualitäts-

---

[34]) a. a. O. S. 24 ff.
[35]) Wirtschaftsdienst, 1928, S. 1966.

Massensuggestionswirkung wenigstens für eine gewisse Zeit auch in der Regel gewonnen werde (a. a. O. S. 64). Diese angebliche „Neigung zum Monopol" bezeichnet Deiters[25]) als „Charakterfehler" der Markenartikel.

Mit Rücksicht auf die weiter unten zu erörternde Preisbindung gewinnt die Frage Bedeutung, ob und inwieweit von einer durch die Marke und die Reklame bedingten Monopolstellung oder Neigung dazu die Rede sein kann. Diese Frage kann nicht einfach mit Ja oder Nein beantwortet werden, da in diesem Zusammenhang ganz offensichtlich unter „Monopol" und „Monopolstellung" vielfach ganz verschiedenes gemeint ist.

a) Wenn überhaupt, so kann durch die Marke als solche und den ihr gewährten Rechtsschutz nur ein Monopol rein formeller Art geschaffen werden, nämlich das ausschließliche Recht, bestimmte Waren oder Warengattungen in bestimmter Weise zu benennen oder sonstwie zu kennzeichnen. Diese Ausschließlichkeit der Kennzeichnungsform hat aber grundsätzlich nichts zu tun mit dem Wesen der Ware selbst; die Kennzeichnung kann sich insbesondere auch auf Waren beziehen, die jeder Fabrikant in genau gleicher Beschaffenheit herstellen und in den Verkehr bringen kann, z. B. Margarine, Pflanzenfett, Kaffee, Tee, Mehl, alle chemischen, insbesondere pharmazeutischen Produkte, letztere, soweit ihre Herstellung nicht gerade auf einem patentierten Verfahren beruht, das noch nicht durch ein anderes ersetzt ist. (Vgl. Patentgesetz, § 1 Abs. II, Ziff. 2.)

Wenn ein Monopol bezüglich der Ware selbst besteht, so beruht es entweder auf der Tatsache, daß alle Waren der fraglichen Art sich ausschließlich in der Verfügung einer bestimmten Person oder Personengruppe befinden, oder darauf, daß eine bestimmte Person durch Patent oder Musterschutz das ausschließliche Recht der Herstellung erworben hat; diese Ausschließlichkeit beruht also nicht auf der Marke.

Der Markeninhaber hat kraft der Marke nie ein Monopol für die Herstellung oder Verbreitung einer Ware. Ob ein aus sonstigen Gründen bestehendes Monopol an bestimmten Waren durch Verwendung eines Warenzeichens sich besser ausnutzen läßt, ist eine andere Frage; wenn sie im konkreten Falle bejaht wird, so ergibt sich daraus

[25]) „Die Preisdiktatur der Markenartikel", in „Deutsche Arbeit", 1928, S. 398 ff.

noch immer nicht, daß die Monopolstellung bezüglich der Ware selbst auf den Gebrauch der Marke zurückzuführen ist.

Wenn gemeinfreie Waren in dem oben erwähnten Sinne von einem bestimmten Fabrikanten durch eine Marke als aus seinem Betriebe stammend gekennzeichnet und wenn diese Waren im geschäftlichen Verkehr vom Publikum bevorzugt werden, so ist das eine durch besondere Vertrauenswürdigkeit oder durch geschickte Reklame erworbene Stellung[26]). Ein wirkliches Monopol liegt aber trotzdem nicht vor, da ja jeder andere Fabrikant genau dieselbe Ware in Verkehr bringen darf, nur nicht unter derselben Kennzeichnung; andernfalls müßte man die Vorzugsstellung, die ein Gewerbetreibender, ein Rechtsanwalt, ein Arzt durch besonders gute Leistungen irgendwelcher Art sich erringen, ganz allgemein als Monopol bezeichnen. Es kann sich hier höchstens um ein „Meinungsmonopol" handeln, das der Produzent selbst geschaffen hat und ausnutzt[27]). Wenn der Inhaber der Marke dadurch eine wirtschaftliche Machtstellung erlangt, liegt sie also auf rein psychologischem Gebiet.

b) Soweit ein Fabrikant einen bestimmten Artikel allein erzeugt, weil kein anderer ihn herstellen kann oder herstellen darf oder herstellen will, liegt, wie oben ausgeführt, ein auf die Ware selbst bezügliches Monopol vor, das aber nicht auf der den Artikel kennzeichnenden Marke als solcher beruht, das also genau so bestände, wenn die Ware nicht als Markenartikel im Handel erschiene. Bei den meisten Markenartikeln, insbesondere kosmetischen Artikeln, Likören, Schokoladenfabrikaten, spielt aber ein solches sachliches Monopol des Fabrikanten objektiv keine große Rolle, weil dank der Tätigkeit der Konkurrenz meist zahllose ähnliche Produkte — allerdings unter anderer Bezeichnung — hergestellt werden[28]). Auch diese tatsächlichen Monopole sind in Wirklichkeit sehr häufig nichts anderes als Meinungsmonopole.

---

[26]) „Dies beruht darauf, daß das Warenzeichen als Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte eine Garantiemarke ist, welche Gewähr für die sorgfältige und geeignete Herstellung bietet." Kent, JW. 1926, S. 46.

[27]) Hirsch, a. a. O. S. 200; vgl. ferner den anonymen Aufsatz „Markenware — Preisschutz oder Verbraucherschutz?" im Magazin der Wirtschaft, 1929, S. 606.

[28]) Vgl. Steindamm, Kart. R. 1927, 167; Leander, in G. R. U. R. 1914, S. 110; Recken, in G. R. U. R. 1915, S. 26.

c) Wenn im vorstehenden von Monopol gesprochen ist, so ist dabei grundsätzlich von den Bedürfnissen des Konsumenten ausgegangen und unter Bezugnahme darauf geprüft worden, ob objektiv hinsichtlich bestimmter Produkte der Produzent dem Konsumenten gegenüber eine ausschließliche Herstellungs- oder Verkaufsbefugnis hat. Die Frage nach dem Vorliegen eines Monopols ist unter Umständen anders zu beantworten, wenn lediglich der Standpunkt des Händlers berücksichtigt wird; denn für diesen kommt es nicht darauf an, ob die Anschauung des Konsumenten über Wert und Qualität der verschiedenen Markenartikel und die darauf beruhende besondere Bevorzugung eines Artikels sachlich gerechtfertigt ist oder nicht; für den Händler ist allein die Tatsache maßgebend, daß seine Kunden — wenn auch ohne vernünftigen Grund — sich darauf versteifen, gerade einen bestimmten Artikel zu erhalten und nicht irgendeinen anderen, der objektiv dem verlangten in jeder Beziehung gleichsteht. In solchen Fällen — die natürlich vielfach mit der Propagandatätigkeit des Herstellers zusammenhängen — hat dieser objektiv gegenüber dem Händler eine Monopolstellung, die gegenüber dem Konsumenten nur in dessen unzutreffender Meinung existiert. Während für den Konsumenten objektiv sehr wohl andere Gegenstände als Ersatz in Frage kommen, ist das für den Händler nicht der Fall.

Wie weit diese Feststellungen von Erheblichkeit sind für die Frage, ob das kaufende Publikum eines Rechtsschutzes gegenüber einer angeblichen Monopolstellung bedarf, wird an anderer Stelle erörtert werden.

II. Markenartikel und Qualität.

Als Begriffsmerkmal der Markenartikel wird gewöhnlich angeführt, daß sie von dem Hersteller stets „in gleicher Art und Güte“ in den Handel gebracht werden. Soweit mit „Art“ die besonderen Gattungsmerkmale der Ware gemeint sind, handelt es sich um die Identität der Ware selbst, ist damit also nur das Selbstverständliche gesagt, daß ein bestimmtes Zeichen nur für eine bestimmte Ware und nicht für eine andere verwendet werden darf, daß also, um einen extremen Fall zu wählen, ein zur Kennzeichnung von Butter eingetragenes Zeichen nicht zur Kennzeichnung einer von demselben Fabrikanten hergestellten Margarine verwendet werden darf; es liegt dann eben eine andere „Art“ von Ware,

eventuell ein anderer Markenartikel vor. Anders verhält es sich mit dem Erfordernis stets gleicher Qualität, oder, wie es häufig heißt, mit der „Qualitätsgarantie" als Begriffsmerkmal der Markenartikel. Damit ist gemeint eine Gewähr dafür, daß die zur Herstellung der Ware verwendeten Stoffe, die Herstellungsmethoden und die darauf verwendete Arbeit von bestimmter Beschaffenheit sind und diese Beschaffenheit stets beibehalten. Es fragt sich, ob zum Begriff des Markenartikels eine Garantie für Qualität in diesem Sinne gehört. Unter Qualitätsgarantie kann man zweierlei verstehen:

a) eine Garantie im Rechtssinn, nämlich im Sinn einer rechtlich zu verwirklichenden Haftung für das Bestehen bestimmter Qualität;

b) eine Garantie im rein tatsächlichen Sinn, nämlich in dem Sinn, daß auf Grund bestimmter Tatsachen eine Vermutung für das Bestehen bestimmter Eigenschaften begründet wird.

1. Rechtliche Sicherungen der Qualität.

Das Bestehen einer Rechtsgarantie für eine bestimmte Qualität gehört nicht zum Begriff des Markenartikels, insbesondere ergibt sich nicht aus dem Wesen des eingetragenen Warenzeichens eine rechtliche Garantie für bestimmte Eigenschaften der Ware. Die Eintragung des Warenzeichens für bestimmte Waren erfolgt nicht auf Grund der Feststellung bestimmter Qualitäten dieser Waren; ebensowenig legt die Verwendung eines bestimmten eingetragenen Warenzeichens dem Zeichenberechtigten die Pflicht auf, die durch das Zeichen geschützte Ware in bestimmter Qualität herzustellen; das geltende Warenzeichengesetz bezweckt grundsätzlich nicht den Schutz des kaufenden Publikums, sondern den Schutz des Zeicheninhabers gegen Wettbewerber, indem es ihm ermöglicht, ungestört durch andere, seine Artikel in bestimmter Weise zu kennzeichnen und damit zu individualisieren.

Es ist neuerdings mehrfach die Frage aufgeworfen, ob es denn ohne rechtliche Bedeutung sei, wenn eine Firma, die unter einer bestimmten Marke Jahre hindurch das Beste geliefert hat, plötzlich bewußterweise die Ware in völlig herabgeminderter Qualität liefert, wenn sie, wie Rauter in M. u. W. XXVI S. 239 sich drastisch ausdrückt, plötzlich Schund herstellt.

Während bei anonymen Gattungswaren Reklametätigkeit im wesentlichen durch den Händler entfaltet wird, der die in seinem Geschäft feilgehaltenen Waren ohne Angabe ihrer Herkunft als besonders gut oder preiswert anbietet, liegt es in der Natur des Markenartikels, daß die Propaganda von dem Hersteller selbst besorgt wird; das wird einmal dadurch bedingt, daß es sich um einen bestimmten Warentyp handelt, der in genau übereinstimmender äußerer Aufmachung in allen einschlägigen Geschäften des Deutschen Reiches und eventuell auch außerdeutscher Staaten feilgehalten wird. Damit die Vorstellung, daß es sich überall um genau denselben Artikel handelt, den Konsumenten zur unerschütterlichen Gewißheit wird, erhält ja gerade die Ware eine bestimmte Kennzeichnung, insbesondere eine bestimmte Marke oder Bezeichnung; aus demselben Grunde muß aber alles vermieden werden, was die Vorstellung begründen könnte, es handle sich bei verschiedenen Händlern um verschiedene Ware. Diese Ansicht könnte leicht Nahrung finden, wenn die verschiedenen Kleinhändler in ganz verschiedener Weise Reklame für denselben Artikel machen würden. Dadurch, daß die Reklame aller Orten genau in einheitlicher Weise, sozusagen als Standard-Reklame erfolgt, wird den Konsumenten eingehämmert, daß es sich überall um ein und dieselbe Ware handelt, ganz gleich, bei welchem Händler sie gekauft wird. Diese Art genereller Propaganda hat zugleich den wirtschaftlichen Vorteil der Kostenersparnis, insofern als die noch so umfangreiche Einheitspropaganda des Produzenten grundsätzlich billiger zu stehen kommt, als die Summe der Propagandabetätigungen unzähliger Groß- und Kleinhändler, vorausgesetzt, daß in dem einen wie in dem anderen Falle die Reklame nach Art und Form zweckmäßig gestaltet wird.

Die vom Produzenten betriebene Einheitspropaganda hat für ihn aber noch die besondere Wirkung, daß der Absatz des Markenartikels in weitestem Maße von dem Zwischenhandel unabhängig wird. Während bei anderen Waren Großhändler und Detaillisten mehr oder weniger unabhängig sind, wenn es zu entscheiden gilt, ob sie die oder jene Waren führen sollen, hat bei Markenartikeln die vom Produzenten selbst betriebene Reklame die Wirkung, daß beim Konsumenten Kauflust und Nachfrage nach dem bestimmten Artikel erzeugt und daß auf diese Weise der Detaillist genötigt wird, den propagierten Artikel in seinem

Geschäft zu führen[16]). Der Einfluß, den der Produzent auf diese Weise auf den Absatz gewinnt, kommt in einer starken Steigerung desselben zum Ausdruck, durch welche eine gleichmäßig fortlaufende Produktion ermöglicht wird.

Hier tritt die besondere Beziehung zutage, die zwischen Markenartikel und Reklame besteht. Einerseits ist der Markenartikelvertrieb nur denkbar unter Anwendung hochentwickelter Reklame, die unmittelbar auf die große Masse der Verbraucher wirkt[17]). Andererseits beruht die besondere Reklamewirkung bei Markenartikeln gerade auf der Marke als solcher. So bezeichnet Tschierschky[18]) das Zeichen als „einen der wesentlichsten Pfeiler der heutigen Reklame". Die Marke und die Reklame sind die beiden Elemente, die in ihrem Zusammenwirken die Verbreitung des Markenartikels ermöglichen[19]); in welchem Umfange — das hängt von der Geeignetheit des Zeichens und der Zweckmäßigkeit der Reklame ab. Es gibt, wie H. Isay[20]) ausführt, Marken, die unabhängig von intensiver Reklame, eine besonders starke Werbekraft besitzen, sei es, daß diese Werbekraft auf ihren immanenten Eigenschaften, der Originalität ihrer Idee, ihrem Bildgehalt, sei es, daß sie auf der Ideenverbindung beruht, die sie sofort unmittelbar in dem Betrachter auslösen. Solche Marken stellen zweifellos eine besondere erfinderische Leistung dar, auf der mitunter ein erheblicher Teil des Erfolges eines Markenartikels beruht. Dasselbe gilt von der Reklame, nur daß hier neben der erfinderischen Tätigkeit noch der Kostenaufwand als produktives Moment hinzukommt. Die Tatsache, daß bei Markenartikeln die Reklame einen wesentlichen Faktor für ihren Absatz darstellt, hat vielfach zu der Auffassung Anlaß gegeben, daß

---

[16]) Vgl. Mataja, „Die Reklame", S. 325 ff.; Findeisen, „Markenartikel", S. 45.

[17]) Mataja, a. a. O. S. 324, weist darauf hin, daß die Reklame der Inhaber von Markennamen, was Ausdehnung und Massenhaftigkeit anbetrifft, so ziemlich an der Spitze steht.

[18]) Kart. R. 1926, S. 68.

[19]) Lewinsohn in Voss. Ztg. 1929, Nr. 191 vom 11. 8. 29 führt aus: „Der Markenartikel, als Grundlage der Produktions- und der Konsumsteigerung, in Deutschland noch lange nicht genug gepflegt, . . . ist der sichtbarste Erfolg der Reklame. Wir streben in Deutschland keine so weitgehende Typisierung des Konsums an, wie sie in Amerika unter anderen psychologischen Voraussetzungen sich durchgesetzt hat. Aber die Typisierung mit Hilfe der Reklame ist ein Hauptstück dessen, was wir unter dem Schlagwort Rationalisierung meinen."

[20]) G. R. U. R. 1929, S. 25 ff.

derartige Waren ihre Verbreitung lediglich oder im wesentlichen der Reklame verdanken und nicht ihrer Qualität. Insbesondere hat Tschierschky[21]) die Behauptung aufgestellt, wirkliche Qualitätswaren bedürfen, gleichgültig ob Marke oder nicht, keiner Reklame, sondern nur der wesentlich billigeren periodischen Anzeige, häufig selbst nicht einmal dieser. Diese Ansicht ist mit Recht als unzutreffend zurückgewiesen worden[22]). Solange es keine Reklame gab, ließ sich vielleicht der Satz rechtfertigen, daß die bessere Ware auch den größeren Absatz findet — vorausgesetzt auch hier, daß die Verhältnisse für alle in Frage kommenden Waren gleich liegen. Da es aber einmal das Institut der Reklame gibt, muß mit ihm gerechnet werden, mag man die Reklame und ihre Wirkungen volks- oder privatwirtschaftlich, moralisch oder ästhetisch als unerwünscht betrachten, mag man sogar als Voraussetzung der Wirksamkeit aller erfolgreichen Reklame den „Schwachsinn der großen Masse" ansehen[23]). Der Gewerbetreibende muß die Konsumenten so hinnehmen, wie sie tatsächlich sind, und darf sie sich nicht so vorstellen, wie sie idealerweise sein sollten; er darf die tatsächliche Veranlagung und Einstellung der großen Masse nicht ignorieren, muß sie vielmehr als entscheidende Faktoren seinen geschäftlichen Maßnahmen zugrunde legen. Zutreffend sagt Mataja: „Der Bestand des Reklamewesens hat bereits zur Folge, daß sich auch wirklich Gutes sehr schwer mehr ohne Hilfeleistung durch eine entsprechende Propaganda Bahn brechen kann; es darf sich nicht bloß auf den eigenen Wert stützen, wenn es nicht im Gedränge und Lärm des Tages übersehen werden soll." Der normale Konsument verlangt in erster Linie Ware, die er bereits kennt oder von der er „etwas gehört" hat. Die allgemeine Anwendung der Reklame hat zur Folge, daß die große Masse des Publikums geradezu mißtrauisch gegenüber solchen Waren ist, für welche keine oder keine besonders auffällige Reklame gemacht wird; aus Art und Umfang der Reklame werden heute von großen Teilen des Publikums Rückschlüsse auf die Qualität der Ware und des Produzenten gezogen.

Die Reklame hat im übrigen nicht nur den Zweck, den Absatz überhaupt zu fördern, die Verbreitung einer Ware aufrecht zu erhalten; die Reklame hat bei neueingeführten

---

[21]) Kart. R. 1926, S. 62.
[22]) Vgl. Steindamm, Kart. R. 1927, S. 169.
[23]) Vgl. Sombart, a. a. O. S. 560.

Waren vor allen Dingen die Aufgabe, in denkbar schnellster Weise den Markt zu erobern. Wenn eine Fabrik einen neuen Markenartikel herausbringt, so bedeutet das produktionstechnisch eine besondere Einstellung des Betriebes, die vor allen Dingen auch eine mehr oder weniger große Kapitalaufwendung erfordert, sei es zum Erwerb eines Patentes, sei es zur Beschaffung von Rohmaterialien und besonderen Maschinen und Vorrichtungen. Dieser Aufwand erweist sich nur dann als lohnend, wenn der neue Artikel von Anfang an in denkbar größter Menge hergestellt und aufs schnellste abgesetzt wird. Wenn der Fabrikant darauf warten will, bis seine Ware sich vermöge ihrer Qualität, mag dieselbe objektiv auch noch so zweifelsfrei sein, durchsetzt, dann wird darüber so lange Zeit vergangen sein, daß die durch das lange Abwarten entstandenen Verluste überhaupt nicht oder nur sehr langsam eingebracht werden können. Es ergibt sich also, daß grundsätzlich die zur Schaffung und Erhaltung jedes Markenartikels erforderliche Absatzintensität und -beständigkeit wesentlich bedingt ist

a) durch die vom Fabrikanten gewählte Marke und den für sie erworbenen Rechtsschutz, sowie durch die der Marke innewohnende Werbekraft;
b) durch die Schaffung weiterer Werbekraft vermittels der unter Anwendung von Arbeit und Kosten betriebenen Propaganda.

Es wird weiter unten zu erörtern sein, daß als weitere Faktoren, die dem Markenartikel seinen besonderen wirtschaftlichen Wert geben und daher für ihn lebensnotwendig sind, die Einhaltung gleichmäßig guter Qualität und einheitlicher Verkaufspreise hinzukommen.

An dieser Stelle soll zunächst noch die häufig aufgeworfene Frage erörtert werden, ob und inwieweit aus dem Wesen des Markenartikels eine tatsächliche oder rechtliche Monopolstellung sich ergibt.

3. Marke und Monopol.

Tschierschky[24]) behauptet, das geltende Markenrecht verleihe den Markenartikelproduzenten eine Grundlage für einen „erheblichen Monopolcharakter" ihrer Erzeugnisse; die Marke sei eine begehrte Rechtsgrundlage, vermittels deren eine bestimmte Monopolstellung am Markte gewonnen werden könne und bei hinreichend finanzieller Kraft und gut inszenierter Reklame, dank ihrer anerkannten

[24]) Kart. R. 1926, S. 68.

garantie ausführt, die Beibehaltung konstanter Qualität eine Forderung, die ganz allgemein an jede Warenerzeugung zu stellen ist und deren Erfüllung schon im Interesse jedes Produzenten liegt; aber gerade bei Markenartikeln ergibt sich aus ihrem Wesen für den Produzenten in besonderer Weise die zwingende Notwendigkeit, auf Beibehaltung der Qualität bedacht zu sein. Liefert ein Produzent an einen Händler vertretbare Ware, die sich nicht als Markenartikel darstellt, in schlechter Qualität, dann leidet darunter höchstens der Händler, der sie vertreibt; er ist es, der das Qualitäts-Risiko trägt; den Produzenten der Ware kennt in diesem Falle der Käufer nicht; es ist anonyme Gattungsware; der Kunde wird schlimmstenfalls Ware dieser Gattung nicht mehr bei diesem Händler kaufen, wird vielleicht sogar dessen Geschäft ganz meiden, weil er das Vertrauen zu seiner Leistungsfähigkeit oder seiner Reellität verloren hat. Das schließt aber nicht aus, daß er bei einem anderen Händler, ohne es zu wissen, Ware desselben Produzenten kauft, vielleicht sogar von derselben schlechten Qualität wie bei dem ersten Händler; denn es fehlt dem Käufer die Möglichkeit, die Ware zu identifizieren. Handelt es sich dagegen um einen Markenartikel, dann wird der Kunde, sobald einmal sein Vertrauen getäuscht ist, diesen bestimmten Artikel in Zukunft nicht mehr kaufen, weder bei diesem, noch bei einem anderen Detaillisten; er erkennt ja den Artikel vermöge der Ausstattung und Bezeichnung überall in der ganzen Welt wieder. Aus demselben Grunde kann Markenware viel leichter ins Gerede kommen, weil die Möglichkeit einer bestimmten Bezeichnung besteht. Das wird in prägnanter Weise durch einen von Mataja[36]) wiedergegebenen Satz aus Goodall, „business and advertising" zum Ausdruck gebracht:

> „Wenn Euch eine Markenware einmal enttäuscht, so hat die Marke mehr verloren als ihr; ihr habt weniger an Wert bekommen als ihr erwartet, die Marke aber, die Euch ein Leben lang als Kunden hätte haben können, hat für immer diese Aussicht verloren."

Dieser Gedanke wird von Mataja fortgeführt in dem Satz: „Das Markenkaufsystem gestattet dem Fabrikanten am allerwenigsten, im trüben zu fischen; jeder einzelne Abnehmer, der ja die Ware immer wieder erkennt, der sie daher nimmt, wenn er befriedigt, und zurückweist, wenn

---

[36]) a. a. O. S. 335.

er unzufrieden gewesen, wird zum Vollstrecker einer Aufsicht." Aus dieser praktischen geschäftlichen Erwägung und nicht aus einem Rechtszwang resultiert bei den meisten Markenartikeln die konstante Qualität, durch deren Beibehaltung der Produzent das Vertrauen des Publikums ständig zu rechtfertigen sucht. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn z. B. Hirsch[37]) von der in der Kennzeichnung der Markenware liegenden „Gewähr" für Güte und richtige Menge der Ware spricht; wenn R. Isay[38]) ausführt, der Markenartikel biete dem Käufer in der Regel hinreichende „Gewähr", ein nach seinen Qualitäten bekanntes Produkt in stets gleicher Beschaffenheit zu erhalten; wenn Becher[39]) Markenartikel definiert als Waren, „bei denen die Marke für die gleichmäßige Qualität und den gleichmäßigen einheitlichen Preis bürgt" und wenn die Verteidiger der Markenartikelpreise anführen[40]), „daß bei ihnen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Hersteller und Verbraucher durch Qualitätsgarantie hergestellt sei und daß der Verbraucher die Lieferanten für die Güte der Waren verantwortlich machen[41])". Steimer[42]) drückt sich dahin aus, der Hersteller, der der Ware seine eigene Marke verleihe, stelle ihr damit gewissermaßen einen „ungeschriebenen Garantieschein" für gleichbleibende Güte und gleichbleibende Menge aus. In diesem Sinne einer t a t s ä c h l i c h e n Gewähr ist es auch zu verstehen, wenn das Wiener Handelsgericht[43]) einen Markenartikel (es handelte sich um Kalodont) als ein Produkt bezeichnet, „bei dem der Erzeuger regelmäßig unter Aufbietung kostspieliger Reklame mit seinem geschäftlichen Ruf für die besondere Qualität eintritt", und wenn schließlich das Kammergericht im Urteil vom 6. Juli 1927 (K. R. 28, S. 296) ausführt: „Das Wesen des Markenartikels erfordert unveränderte Qualität." Damit sollte sicher nicht gesagt sein, daß die unveränderte Qualität ein Merkmal des Begriffs Markenartikel sei, sondern nur, daß aus der Eigenart des Markenartikels sich die praktische Notwendigkeit unveränderter Qualität herleitet und daß dadurch die tatsächliche Vermutung begründet wird, daß die Qualität wirklich unverändert bleibt. In diesem Sinne drückt sich auch Call-

[37]) a. a. O. S. 10.
[38]) Kart. R. 1927, S. 104.
[39]) Wettbewerbsrecht, Anm. 8 zu § 1.
[40]) Tschierschky in Kart. R. 26, S. 691.
[41]) Ebenso auch Steindamm, Kart. R. 27, S. 170.
[42]) Wirtschaftsdienst, 1929, S. 137.
[43]) Urt. v. 3. 9. 27, in Kart. R. 28, S. 223.

mann aus: „Die stets gleichbleibende Art und Güte ist die praktische Folge im Interesse des Produzenten und letzthin auch im Interesse des Konsumenten, aber kein begriffliches Erfordernis[44])."

Freilich handelt es sich in keinem Falle, wie Tschierschky an der angegebenen Stelle ausführt, um eine „besondere unwiderlegliche Qualitätsgarantie"; es wird aber wohl auch von den Verteidigern des Markenartikelwesens nicht behauptet, daß die aus dem Wesen des Markenartikels hergeleitete faktische Qualitätsgarantie eine „unwiderlegliche" sei; so optimistisch ist auch kaum das kaufende Publikum; es begnügt sich im allgemeinen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, auf das Vorhandensein einer gewissen Qualität rechnen zu dürfen; das Vorhandensein dieser Erwartung ist ein für die Verbreitung des Markenartikels unschätzbarer Faktor, ist auch eine Form des „good will"; dieser Faktor ist um so wertvoller, wenn die Erwartung so wenig wie möglich enttäuscht wird; würde sich die vom Käufer angenommene Gewähr für Qualität tatsächlich nur, wie Tschierschky[45]) behauptet, als „ein dem Käufer durch übertriebene Reklame . . . s u g g e r i e r t e r Vorzug", also als grundlose Einbildung erweisen, dann würde der Erfolg der Reklame eben nur ein sehr flüchtiger sein.

Eine andere Frage mag es sein, ob der wirkliche Wert eines Markenartikels in einem angemessenen Verhältnis zu dem vom Fabrikanten festgesetzten Kleinhandelspreis steht; insbesondere, ob nicht durch übertriebenen Reklameaufwand und große Händlerrabatte dieser Preis eine Höhe erreicht, der in einem Mißverhältnis zum Werte des Produkts steht; das ist jedoch nicht hier, sondern bei der später zu erörternden Frage der Markenartikelpreise zu erörtern.

III. Markenartikel und Preis.

Wenn oben davon ausgegangen ist, daß im heutigen deutschen Handelsverkehr als Markenartikel nur die in einheitlicher Weise gekennzeichneten vertretbaren Sachen anzusehen sind, die als Warentypen in den Verkehr gebracht waren, so ist damit der Begriff endgültig festgelegt. Der Kreis dieser Waren wird von vielen Seiten dadurch eingeengt, daß

[44]) a. a. O. Anm. 94 zu § 1.

[45]) Wirtschaftsdienst, 1928, S. 1966. Ebenso wird im Magazin der Wirtschaft, 1929, S. 606 von „suggerierter Qualitätsgarantie" gesprochen.

als weiteres Begriffsmerkmal die Festsetzung eines einheitlichen Verkaufspreises durch den Erzeuger angegeben wird. In diesem Sinne wird der Begriff überwiegend in Rechtsprechung und Schrifttum begrenzt. Als Beispiele seien folgende Äußerungen angeführt: Urteil des Kammergerichts vom 6. Juli 1927[46]): „Das Wesen des Markenartikels erfordert unveränderte Qualität und im Kleinhandel stets gleichbleibende Preise." R. Isay[47]) „Zum Wesen des Markenartikels gehört, überall und jeder Zeit zum gleichen Preis erhältlich zu sein". Breslauer-Tschierschky[48]): „Für den Begriff des Markenartikels ist sachlich und rechtlich anerkannt, daß Preisbildung bei dem gesamten Zwischenhandelswege bis zum Verbraucher auf Grund einseitiger Bestimmung des Erzeugers ein wesentliches Merkmal bedeutet". Rosenthal[49]): „Unter Markenartikeln versteht man Waren, die der Fabrikant regelmäßig in gleicher Art, Güte und Bezeichnung (Ausstattung) in den Verkehr bringt, und für die er den Kleinverkaufspreis festsetzt." Becher[50]): „Markenartikel sind Waren, bei denen die Marke für die gleichmäßige Qualität und den gleichmäßigen einheitlichen Preis bürgt." Schließlich noch die Stimme eines praktischen Geschäftsmannes, der mehr als 20 Jahre in der Markenbranche steht, des Herrn Steimer aus Jena[51]): „Der Begriff Markenartikel wird oft sehr weit gefaßt und damit diskreditiert. In meinen Ausführungen bedeutet der Begriff ‚Markenartikel' eine die Marke des Erzeugers tragende Ware, welche überall zum gleichen Preise verkauft wird."

Wenn davon gesprochen wird, daß der Verkaufspreis durch den Hersteller bindend einheitlich festgesetzt wird, wirkt sich diese Festsetzung nach zwei Richtungen aus, die nicht immer völlig auseinandergehalten werden[52]). Es handelt sich einmal um die Preisgleichheit und sodann um die Preisbeständigkeit. Preisgleichheit bedeutet, daß in einem gegebenen Zeitpunkt alle Händler im Kleinverkauf den gleichen Preis für denselben Artikel verlangen. Preisbeständigkeit bedeutet, daß der einmal vom Hersteller festgesetzte Preis unabänderlich für

[46]) Kart. R. 1929, S. 296.
[47]) Kart. R. 1927, S. 98.
[48]) Kart. R. 1927, System und Entwicklung des neuen Kartellrechts, S. 82.
[49]) a. a. O. Note 92 zu § 1.
[50]) a. a. O. Anm. 8 zu § 1.
[51]) Wirtschaftsdienst, 1929, S. 137.
[52]) Vgl. Menz, in Wirtschaftsdienst, 1929, S. 136.

die Zukunft bestehen bleibt. Preisbeständigkeit setzt Preisgleichheit voraus; denn wenn die Preise für ein und denselben Artikel nicht einmal in einem bestimmten Zeitpunkt bei allen Händlern gleich sind, hat es keinen Sinn, von einem gleichbleibenden Preise zu sprechen.

Dagegen hat Preisgleichheit grundsätzlich nichts mit Preisbeständigkeit zu tun. So gelten z. B. die bei Preiskartellen erfolgenden Festsetzungen bestimmter Mindestpreise, unter denen die im Kartell vereinigten Produzenten ihre Produkte nicht verkaufen dürfen, jeweils nur für bestimmte Zeitabschnitte und werden je nach der Konjunktur herauf- oder herabgesetzt.

In den Erörterungen über Preisbindung bei Markenartikeln werden diese beiden verschiedenen Richtungen der Preisbindung nicht immer auseinandergehalten. Bei den Gegnern des Markenartikelwesens hat man häufig den Eindruck, als ob sie den wesentlichen Zweck und Erfolg der Preisbindung in der Preisbeständigkeit erblicken und in erster Linie d a g e g e n ankämpfen. Eine solche Auffassung ist überall da zu vermuten, wo der Schutz der Allgemeinheit des kaufenden Publikums gegen „künstliche Hochhaltung" von Preisen in den Vordergrund gestellt wird; denn eine Bekämpfung der Preisbindungen hätte ja keinen Grund, wenn die vom Fabrikanten festgesetzten Preise je nach der Konjunktur wechseln und der Fabrikant eine Bindung der Händler an die jeweils festgesetzten Preise nur zu dem Zweck vornimmt, um während eines bestimmten Zeitabschnittes Gleichheit der Preise herbeizuführen. Durch eine solche Maßnahme könnten die Interessen des k a u f e n d e n P u b l i k u m s keinesfalls geschädigt werden, solange der festgesetzte Einheitspreis angemessen ist; hier käme lediglich in Frage, ob und inwieweit dadurch die Interessen der H ä n d l e r berührt werden. Die Befürworter des Markenartikelwesens legen entscheidenden Wert auf Gleichheit und Einheitlichkeit der Preise in bestimmten Zeitabschnitten, ohne zum Ausdruck zu bringen, daß für sie die F i x i e r u n g des Preises, seine Starrheit und Unbeweglichkeit grundsätzlich unbedingt maßgebend ist.

Wer die Frage der Preisbindung bei Markenartikeln erörtert, muß dazu Stellung nehmen, ob er lediglich die Preisbeständigkeit oder lediglich Festsetzung von Einheitspreisen oder grundsätzlich jede Bindung der Preise, ohne Rücksicht auf Angemessenheit und Dauer ihrer Geltung angreift. Dies vorausgeschickt, soll im folgenden untersucht werden, welche

Bedeutung für Markenartikel eine vom Fabrikanten herbeigeführte Preisgleichheit und Preisbeständigkeit hat.

I. Der Streit darüber, ob einheitliche Festsetzung der Verkaufspreise, insbesondere auch der Kleinverkaufspreise, ein Begriffsmerkmal des Markenartikels sei, ist im Grunde ein rein terminologischer Streit. Der Sprachgebrauch des Geschäftsverkehrs steht wohl nicht unbedingt in dem Sinne fest, daß als Markenartikel ausschließlich preisgebundene Markenwaren verstanden werden; wenn das heute in der Regel der Fall ist, so rührt das nur daher, daß tatsächlich fast alle Markenwaren preisgebunden in den Handel kommen; aber doch eben nicht alle. Es ist deshalb wohl zutreffender, den Ausdruck für alle durch Marken gekennzeichneten typisierten Massenwaren zu verwenden, ohne Rücksicht auf Preisgebundenheit. Dagegen erscheint zutreffend die Auffassung, daß aus dem wirtschaftlichen Wesen des Markenartikels sich grundsätzlich die praktische Notwendigkeit der Preisvereinheitlichung ergibt, um eine rationelle Produktion zu ermöglichen. Die Gründe für diese Auffassung sind — in Kürze zusammengefaßt — die folgenden:

1. Der Charakter des Markenartikels als eines in Einheitsform und einheitlicher Aufmachung hergestellten und in den Verkehr gebrachten Massenfabrikates drängt nach denkbar größter Vereinfachung und Gleichmäßigkeit der Absatzformen, insbesondere dahin, daß die einzelnen den Absatz betreffenden Vorgänge sich stets und überall in genau gleicher, sozusagen automatisierter Weise abspielen, so daß der Vertrieb auf dem Wege vom Hersteller bis zum letzten Verbraucher von allen individuellen Besonderheiten befreit bleibt. Nur unter dieser Voraussetzung ist es dem Konsumenten völlig gleich, bei welchem Händler er kauft, da er überall den gleichen Preis für die gleiche Ware zahlt; die Möglichkeit, allerorten die bestimmte gerade benötigte Ware in gleicher Weise zum gleichen Preise zu erhalten, ist dem Umsatz außerordentlich förderlich.
2. Durch Bekanntgabe des Einheitspreises in der Reklame des Herstellers wird die Einheitsform des Markenartikels besonders herausgekehrt und dem

Käufer ein wesentliches Mittel zur Feststellung der Identität und Echtheit an die Hand gegeben[53]).

3. Durch die Einheitlichkeit des Preises wird das Vertrauen der Käufer zu der Reellität des Herstellers und auf das Vorhandensein gleicher und gleichbleibender Qualität erhalten und gestärkt.
4. Ein die Massenproduktion und damit die Schaffung von Markenartikeln überhaupt erst ermöglichender gleichmäßiger, vor allem aber nicht nachlassender Massenabsatz läßt sich nur dadurch erzielen, daß der ganze branchezugehörige Kleinhandel an dem Artikel interessiert wird; das kann nicht allein durch die Einheitsreklame des Erzeugers veranlaßt werden, sondern wird des weiteren dadurch erreicht,
   a) daß die vom Hersteller herbeigeführte Preisbindung gegenseitige Preisunterbietungen unter den Einzelhändlern verhindert, durch welche bei nicht preisgebundenen Waren erfahrungsgemäß der Verdienst des einzelnen verringert und der Vertrieb mit erheblichem Risiko belastet wird;
   b) daß der Produzent dem Händler auf den festgesetzten Einheitspreis einen hohen Rabatt gewährt, der als eigentlicher Handelsnutzen für den Händler um so mehr Bedeutung hat, als er mit Rücksicht auf den Einheitspreis unbedingt feststeht[54]).

II. Im Gegensatz zu der erörterten Preisgleichheit ist Preisbeständigkeit durch die Eigenart des Markenartikels nicht bedingt. Wie schon erwähnt, ist es durchaus denkbar, daß der Hersteller eines Markenartikels den Preis, der kürzere oder längere Zeit hindurch gegolten hat, herauf- oder herabsetzt; ersteres weil die Rohmaterialpreise und die Herstellungskosten außerordentlich wachsen[55]); letzteres insbesondere, weil Konkurrenzfabrikate neu auftauchen, die zu billigeren Preisen feilgehalten werden, oder

---

[53]) Vgl. Rosenthal, a. a. O. Note 92: „Diese Waren tragen ihren Preis gewissermaßen als Kennzeichen und wesentliche Eigenschaft."

[54]) Menz, a. a. O. S. 137, bezeichnet die Preisbindung als „vielleicht" unumgänglich, „da viele Markenartikel bei der heutigen Verkehrslage schwerlich ohne Preisbindung der zweiten Hand zu vertreiben sind".

[55]) Die im Sommer 1929 vom Reichsmonopolamt vorgenommene Heraufsetzung des Alkoholpreises führte dazu, daß fast alle alkoholhaltigen kosmetischen Erzeugnisse, die überwiegend Markenartikel sind, im Preise erhöht wurden.

weil in Zeiten anhaltender wirtschaftlicher Depression und stark gesunkener Kaufkraft der Verbraucher Aufrechterhaltung des Absatzes und die davon abhängige rationelle Ausnutzung der Produktionskapazität nur durch Verbilligung der Ware möglich erscheint[56]).

Zur Bekräftigung des Vorstehenden seien folgende Äußerungen von Steimer[57]) wiedergegeben: „Weshalb dem Markenfabrikanten durch das System der gebundenen Preise die Hände gefesselt sein sollen, weshalb er infolgedessen zu einer starren Preispolitik gezwungen sei und sich den Preiswettbewerb verbaut habe, ist mir, der ich seit über 20 Jahren in einem Großbetriebe der Markenartikelbranche stehe, unverständlich. Einheitliche, überall gleichmäßige Preise sind nicht gleichbedeutend mit starren oder unbeweglichen Preisen." Praktisch wird allerdings die durch vertragsmäßige Bindung herbeigeführte Preisgleichheit in der Regel dazu nötigen, möglichst lange an dem einmal bestimmten Preise festzuhalten, einerseits, weil dadurch in noch höherem Grade die oben angeführten Wirkungen erzielt werden, andererseits, weil die Beibehaltung des Preises für die Produktion und den Vertrieb der Markenartikel ganz besonders förderlich ist. Es kommt hier noch hinzu, daß eine Änderung des Verkaufspreises, insbesondere eine

---

[56]) Die gegenwärtige Wirtschaftskrise hat zu einer allgemeinen Senkung der Markenartikelpreise noch nicht geführt. Das Ausbleiben des Preisabbaus auf diesem Gebiet wird seitens der beteiligten Kreise dadurch erklärt, daß die Belastung der Fabrikanten und Händler mit öffentlichen Kosten, insbesondere Steuern und Soziallasten, gerade in jüngster Zeit stärker geworden sei. Für eine Reihe von Markenartikeln der Lebensmittelbranche, zum Beispiel Hafenflocken, Malzkaffee u. ä., wird darauf hingewiesen, daß die zu ihrer Herstellung erforderlichen landwirtschaftlichen Rohprodukte durch Maßnahmen der Regierung, insbesondere Zollerhöhungen, auf einen wesentlich höheren Preisstand gebracht worden seien. Diese Gründe treffen z. T. sicher zu. Aber ebenso sicher stehen dem Preisabbau vieler Markenartikel noch andere Umstände entgegen, die nicht von außen her kommen, so z. B. unrationeller Reklameaufwand der Hersteller; ungesunde Aufwendungen für Lagerhaltung, zu denen der Handel durch Überangebot allzuvieler Modeartikel vielfach gezwungen wird; vor allem aber die Verdienstspanne. Die am 24. Juli 1930 in Berlin gepflogenen Verhandlungen der Spitzen- und Fachverbände der Industrie und des Handels haben erkennen lassen, daß zwischen Fabrikanten, Großhändlern und Detaillisten bezüglich der Verkleinerung der Verdienstspanne Streit um den Vortritt besteht; ein positives Ergebnis haben diese Verhandlungen daher nicht gehabt.

[57]) a. a. O. S. 138.

Herabsetzung desselben, für den Hersteller mit beträchtlichen technischen Schwierigkeiten verknüpft ist[58]), welche tatsächlich die Vornahme einer Preisveränderung, besonders einer Preisherabsetzung, als eine nur im äußersten Falle zu ergreifende Maßnahme erscheinen lassen[59]).

Es ist von verschiedenen Seiten[60]) bestritten worden, daß Preisbindung auch im Sinne von Preisgleichheit etwas mit dem Wesen des Markenartikels zu tun habe. Als Hauptargument muß da immer die unbestreitbare Tatsache herhalten, daß in verschiedenen ausländischen Staaten, z. B. in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und in Norwegen Preisbindungen der hier fraglichen Art gesetzlich nicht zulässig sind; da aber in diesen Ländern gleichwohl Markenwaren hergestellt und in den Handel gebracht werden, so schließt man aus dieser Tatsache, daß Preisbindungen für Markenartikel nicht unbedingt wesentlich seien. Dagegen ist folgendes zu sagen: Dadurch, daß man der vollkommenen Durchführung einer wirtschaftlichen Einrichtung in einem wesentlichen Punkte gesetzlich ein Hindernis bereitet, ändert sich notwendigerweise das wirtschaftliche Wesen dieser Einrichtung; sie verkümmert und ändert ihre Form. Wenn in einem Lande aus irgendeinem Grunde, z. B. um die Empfindungen der Besitzlosen zu schonen, allen Grundbesitzern verboten wird, ihr Besitztum, z. B. wertvolle Blumen-, Gemüse- und Obstgärten, mit Zäunen und sonstigen Einfriedigungen zu versehen, so würde der Gartenbau nicht aufhören als solcher zu existieren, obwohl zum ordnungsmäßigen und ertragreichen Betrieb unbedingt der Schutz gegen Menschen, insbesondere Kinder, sowie Tiere erforderlich ist; wohl aber würde der Gartenbau dadurch Gefahren ausgesetzt werden, die seine Rentabilität

---

[58]) Vgl. im einzelnen Findeisen, a. a. O. S. 50; Sellert, Markenartikel und Preispolitik, S. 119 ff.

[59]) Im Sommer 1929 erschienen in den meisten Tageszeitungen große Inserate der Lingner-Werke, in denen es u. a. hieß: „Das Reichsmonopolamt hat neulich wieder mal den Preis für Alkohol heraufgesetzt; dadurch sind fast alle alkoholhaltigen kosmetischen Erzeugnisse im Preise erhöht worden. Der Preis von Odol ist trotzdem nicht erhöht, weil der Umsatz der Lingner-Werke, die das Odol seit 40 Jahren herstellen, in den letzten Jahren und auch im laufenden Jahre von Monat zu Monat so gestiegen ist, daß die Lingner-Werke glauben, ohne Preiserhöhung auskommen zu können, nach dem Grundsatz: „Großer Umsatz — kleiner Nutzen!“

[60]) z. B. Fluhme, in Kart. R. 1927, S. 451; Tschierschky, in Kart. R. 1929, S. 88 ff.; Hentschel, a. a. O. S. 16.

mehr oder weniger in Frage stellen oder herabmindern könnten. Wenn ferner in einem Lande ein Gesetz zur Vermeidung von Verkehrsunfällen verbieten würde, daß Automobile schneller sich fortbewegen als scharftrabende Pferde, so würden deswegen vielleicht Kraftfahrzeuge nicht aufhören zu existieren, aber die Automobilindustrie würde in großem Umfange verschwinden, und kein Erfinder hätte Interesse daran, Verbesserungen für den Bau von Automobilen zu ersinnen; diese würden in ihrem Wesen verkümmern, wenn man nämlich zu ihrem Wesen die Eigenschaft der schnellen Fortbewegung rechnet. Dasselbe gilt cum grano salis für wirtschaftliche Organisationsformen, wie z. B. Markenartikelherstellung und Vertrieb. Werden hier Preisbindungen nicht zugelassen, so werden trotzdem gewisse Waren als Massenartikel unter besonderer Kennzeichnung hergestellt; aber die Unmöglichkeit, einheitliche Verkaufspreise festzusetzen, verhindert die natürliche Entwicklung dieser Waren zu Markenartikeln und die Schaffung neuer Markenartikel, die — abgesehen von vereinzelten Ausnahmen — durchaus im volkswirtschaftlichen Interesse liegt.

Es wird ferner darauf hingewiesen[61]), daß es auch in Deutschland Markenwaren gibt, die ohne Preisbindung in den Handel gelangen; Fluhme führt an Leibniz Keks (Bahlsen-Hannover), Syndetikon (O. Ring), Karlsbader Kaffeegewürz (Otto J. Weber). Schon der Umstand, daß es sich um ganz vereinzelte Ausnahmen handelt[62]), zeigt am deutlichsten, daß dadurch die Regel nicht leicht erschüttert werden kann. Es hat ja noch nie jemand bestritten, daß man mit Marken versehene Waren aller Art auch ohne Preisbindung in den Handel bringen kann und bringt; das widerspricht aber nicht der durch die Erfahrung bestätigten Regel, daß eine dem Wesen des Markenartikels als eines Rationalisierungsprodukts entsprechende, also rationelle Absatzorganisation, festen einheitlichen Verkaufspreis voraussetzt. Daraus, daß man wirtschaftliche oder geschäftliche Maßnahmen auch unvollkommen und mangelhaft ausführen kann, folgt logisch nicht, daß diese unvollkommene und

---

[61]) Vgl. Fluhme, a. a. O.

[62]) In dem bereits mehrfach zitierten Artikel im Magazin der Wirtschaft, 1929, S. 606 ist bezüglich des gebundenen Preises ausgeführt: „Er gehört zwar nicht notwendig zum Wesen der Marke, ist aber doch für den modernen Markenartikel kennzeichnend; Marken ohne Preisbindung sind verhältnismäßig sehr selten."

mangelhafte Form die für jene Maßnahme wesentliche Form ist. Selbst in Ländern, in denen Preisbindungen gesetzlich nicht zugelassen sind, hat sich bei den meisten Markenartikeln die Einhaltung des vom Hersteller einseitig — also nicht rechtlich bindend — vorgeschriebenen Preises faktisch mehr oder weniger durchgesetzt. Menz a. a. O. S. 136 weist darauf hin, daß man in Nordamerika z. B. gerade die Möglichkeit einer Lockerung des dort bestehenden Verbotes jeder Preisbindung anstrebt; die Aufsichtsbehörde, die Federal Trade Commission habe bereits angedeutet, daß sie bei Untersuchung der Frage von dem Grundsatz ausgehe, es dürfe nur keinerlei gesetzliche Stütze für Fabrikanten und Händler geschaffen werden, ungerechtfertigt hohe Preise zu fordern.

Tschierschky[63]) sucht die Richtigkeit der hier aufgestellten Behauptung von der wirtschaftlichen Notwendigkeit und Nützlichkeit der Preisbindung durch den Hinweis in Frage zu ziehen, es sei noch keinerlei Beweis erbracht worden, daß „der diktierte und deklarierte Einheitspreis für eine Qualitätsbürgschaft notwendig" sei. Dagegen ist zu sagen: Der Einheitspreis ist für die Qualitätsgarantie — oder besser gesagt: für Erwerbung des Vertrauens des Publikums — nicht in dem Sinne notwendig, daß ohne ihn ein solches Vertrauen nicht entstehen könnte; das hat wohl auch niemand behauptet. Der Einheitspreis ist immer nur als einer der Faktoren bezeichnet, der neben anderem (Marke, Ruf der herstellenden Firma, Art der Propaganda) dem Publikum Gewähr für gute Qualität zu leisten hervorragend geeignet ist; der Einheitspreis bürgt in den Augen der Käufer insbesondere für einheitliche Qualität. Das ist aber nicht, wie man nach Tschierschkys Ausführungen annehmen könnte, die einzige Funktion des Einheitspreises; daneben stehen die oben bereits erwähnten; die eine oder die andere dieser Funktionen kann vielleicht durch einen anderen Faktor erfüllt werden; aber alle genannten Funktionen in ihrer Gesamtheit zu erfüllen, dazu ist einzig und allein der Einheitspreis geeignet; deshalb ist er als wirtschaftlich notwendiges Requisit der Markenartikel anzusehen.

[63]) Kart. R. 1929, S. 43 ff.

B. Der Rechtsschutz der Preisbindung bei Markenartikeln.

I. Bestrebungen auf gesetzliche Regelung der Preisbindung.

Anläßlich der Veröffentlichung des Entwurfs eines neuen Warenzeichen-Gesetzes im Jahre 1913 wurde auch die Frage erörtert, ob besondere gesetzliche Bestimmungen gegen das Preisschleudern bei Markenartikeln in das Warenzeichen-Gesetz aufgenommen werden sollten. Dabei wurde insbesondere auf das inzwischen außer Kraft gesetzte dänische Gesetz vom 8. 6. 1912 hingewiesen, das in seinem § 13 bestimmt:

> „Desgleichen ist es verboten, Waren billiger zu verkaufen oder feilzuhalten, die in Originalverpackung von Produzenten oder Grossisten bezogen sind und auf denen bestimmte Preise für den Kleinverkauf angegeben stehen; es sei denn, daß der Verkauf unter die Bestimmungen des § 6 fällt oder die diesbezügliche Erlaubnis des Produzenten oder Grossisten vorliegt oder eine gleich zu achtende Usance vorhanden ist und nachgewiesen werden kann. Übertretungen können nach Lage der Sache mit Geldstrafen bis zu 2000 Kronen bestraft werden."

Im Anschluß an diese Gesetzesbestimmung wurde in einer im Mai 1914 dem Reichsamt des Innern von der Kommission zur Bekämpfung der Preisschleuderei im Tabaksgewerbe eingereichten Eingabe gefordert, „die Aufnahme des gleichen Grundgedankens, wie ihn das Dänische Gesetz enthält, in unser Warenzeichengesetz oder in die Novelle zum Unlauterkeitsgesetz, wenn diese früher Gesetz werden sollte".

Wassermann[1]) schlug im Anschluß an das dänische Gesetz vor, in das Warenzeichengesetz folgende Bestimmung aufzunehmen:

„Hat der Inhaber eines eingetragenen Warenzeichens die Ware oder ihre Umhüllung außer mit seinem Zeichen mit einer Preisangabe versehen, so darf ohne seine Genehmigung niemand die Ware einem Kleinhändler unter diesem Preis verkaufen; es sei denn, daß triftige Gründe für eine beschleunigte Räumung vorhandener Vorräte vorliegen."

Ähnliche Vorschläge wurden im Jahre 1914 von der Potsdamer Handelskammer und von der Detaillistenkammer Hamburg gemacht. Ebenfalls im Anschluß an die erwähnte Dänische Gesetzgebung hat Leander[2]) die Frage einer gesetzlichen Regelung erörtert und ist dabei zu dem Schluß gekommen, daß die bestehenden Gesetze zur Bekämpfung der Preisschleuderei nicht als ausreichend anzusehen seien, vielmehr ein Bedürfnis nach einer Gesetzesbestimmung bestehe, die sich ausdrücklich gegen das Preisschleudern richtet. Er hat deshalb vorgeschlagen, folgende Bestimmung in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aufzunehmen:

„Hat der Hersteller einer Ware diese selbst oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit einer Preisangabe in dauernder Form versehen, so darf ohne seine Genehmigung niemand die Ware im Kleinhandel unter dem angegebenen Preis feilhalten oder verkaufen.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn eine Veränderung in der Beschaffenheit der Ware oder ein anderer wichtiger Grund eine Minderung des Verkaufspreises rechtfertigt. In diesem Falle ist der Verkäufer verpflichtet, vor Beginn des Verkaufs zu gemindertem Preis dem Hersteller der Ware über den Grund dieses Verkaufs und den Zeitpunkt seines Beginns Anzeige zu erstatten, ihm auch ein Verzeichnis der Waren, deren Verkauf zu dem geminderten Preise er beabsichtigt, den Grund für die Preisminderung durch Aushang in seinem Verkaufsraum bekanntzumachen."

---

[1]) J. W. 1913, S. 1178 ff.

[2]) „Zur Frage der Preisschleuderei" in G. R. U. R., Bd. 19, S. 109.

Schließlich hat dann auch Recken[3]) die Frage einer gesetzlichen Regelung eingehend erörtert und — ebenfalls unter Bezugnahme auf das Dänische Gesetz — den Vorschlag gemacht, ein besonderes Gesetz zum Schutz des Preises von Markenartikeln zu erlassen. § 1 dieses Gesetzesvorschlages lautet wie folgt:

> „Wird eine Ware unter der Firma oder unter dem Zeichen eines bestimmten Geschäftsbetriebes mit einem von diesem Geschäftsbetrieb festgesetzten Preis in den Verkehr gebracht, so darf sie an den Verbraucher nicht unter diesem Preis abgegeben werden, falls die Ware oder ihre Umhüllung sichtbar mit dem festgesetzten Preis versehen ist, es sei denn, daß ein wichtiger Grund vorliegt."

Er schlägt dann noch eingehende Bestimmungen vor für den Fall, daß jemand öffentlich den Verkauf von Markenartikeln unter dem festgesetzten Preis infolge Vorliegens eines wichtigen Grundes angekündigt; bezüglich der weiteren Einzelheiten verweise ich auf den erwähnten Aufsatz.

Das übrige Schrifttum hat sich im allgemeinen dahin ausgelassen, daß ein Bedürfnis für gesetzliche Bestimmungen der fraglichen Art nicht vorliege[4]). Rosenthal[5]) vertritt den Standpunkt, daß es einer gesetzlichen Sonderregelung nicht notwendigerweise bedürfe, daß eine solche Regelung jedoch auch nicht überflüssig sei, solange nicht eine einheitliche Rechtsprechung der Gerichte auf dem Gebiet des Preisschleuderns gewährleistet sei.

II. Zulässigkeit der vertraglichen Preisbindung.

Eine gesetzliche Sonderregelung des Inhalts, daß der Hersteller eines Markenartikels durch einseitigen Akt den Kleinverkaufspreis in einer allgemein verbindlichen Weise vorschreiben kann, ist nicht erfolgt.

Eine Ausnahme besteht nur für solche Artikel, die Gegenstand eines gesetzlichen Monopols sind. So heißt es im Zündwarenmonopolgesetz vom 29. 1. 1930 in § 31 Abs. 1:

> „Für Haushaltsware beträgt der Kleinverkaufspreis im Inland für das Paket zu zehn Schachteln mit je etwa 60 Zündhölzern, 30 Reichspfennige."

---

[3]) „Die Bekämpfung der Preisschleuderei mit Markenartikeln" in G. R. U. R., Bd. 20, S. 24 ff.

[4]) Vgl. Wernicke in G. R. U. R., Bd. 20, S. 35. Finger in M. u. W., Bd. 14, S. 298.

[5]) In G. R. U. R., Bd. 19, S. 8 und Bd. 20, S. 32.

Und in § 41 wird mit Geldstrafe derjenige bedroht, der vorsätzlich einen andern als den gemäß § 31 Abs. 1 festgesetzten Kleinverkaufspreis fordert oder sich oder einem anderen gewähren oder versprechen läßt.

Um eine Preisbindung zu erzielen, üben die Hersteller von Markenartikeln seit langem das Verfahren, mit ihren Abnehmern Verträge zu schließen, in welchen diese sich — eventuell unter Versprechen einer Konventionalstrafe — verpflichten, den Markenartikel nicht unter einem festgesetzten Preise zu verkaufen und beim Verkauf an Wiederverkäufer diesen eine gleiche Verpflichtung eingehen zu lassen. Die Übernahme dieser Verpflichtungen erfolgt in der Regel durch Unterzeichnung besonderer Verpflichtungsscheine (Reverse). Immer muß es sich hierbei um eine Vereinbarung handeln; ob eine solche vorliegt, kann nur nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden; nach diesen allein richtet es sich, ob und inwieweit es für das Zustandekommen eines Vertrages erheblich ist, wenn der Fabrikant auf Ordrezetteln, Kopien, Rechnungen, Preislisten usw. die Einhaltung der vorgeschriebenen Kleinverkaufspreise gefordert hat; derartige Vermerke können rechtliche Bedeutung nur gewinnen, wenn aus dem Verhalten des Gegners zu entnehmen ist, daß er sich mit dem Inhalt des Vermerks einverstanden erklärt. In dem von Rosenthal in seinem Kommentar in Note 97a zu § 1 erwähnten Urteil des Kammergerichts wird z. B. eine stillschweigende Bindung ohne Revers angenommen, wenn Schriftstücke der oben angegebenen Art „stets als Lieferungsbedingung die Einhaltung der vorgeschriebenen Kleinverkaufspreise (durch den Detailhändler) enthalten und dieses System wirklich durchgeführt wird". „Wer auf Grund solcher Preislisten bestellt oder eine Auftragsbestätigung mit entsprechendem Vermerk erhält, bindet sich stillschweigend an die Lieferungsbedingungen hinsichtlich der Kleinverkaufspreise." Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 5. 7. 1929 (abgedruckt in M. u. W. XXIX Seite 588) die in diesem Punkt anders geartete Auffassung des Hans. O. L. G. gebilligt. Der Entscheidung lag folgender Fall zu Grunde: Eine Firma, die als Markenartikel eine Pflanzenmargarine vertreibt und zunächst die Einhaltung ihrer vorgeschriebenen Kleinhandelspreise durch Unterzeichnung von Reversen sicherstellte, ließ dieses Reverssystem fallen und versah seitdem jede mit der einzelnen Lieferung den Kleinhändlern zugestellte Rechnung mit einem roten Zettel, der

den Hinweis enthielt, daß der Empfänger sich durch Übernahme der Sendung verpflichte, auch für künftige Lieferungen die Margarine nur an Verbraucher und nicht unter dem festgesetzten Ladenpreise abzugeben. Das Reichsgericht führt hierzu aus: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß die einseitige Erklärung der Klägerin auf dem einzelnen Rotzettel den Abnehmer für die gleichzeitig erfolgende Warenlieferung nicht bindet. Ist die Ware ohne solche Klausel bestellt, so kann bei Lieferung unter Beifügung besonderer Bedingungen im Handel mit Lebensmitteln jedenfalls vom Zwischenhändler nicht verlangt werden, daß er die Bedingung einhält oder die Ware zurückweist. Das Oberlandesgericht weist mit Recht darauf hin, daß die der Lieferung beigefügten Rechnungen auf solche Bedingungen gar nicht geprüft werden." Das Reichsgericht erkennt aber an, daß die Kleinhändler die einmal einen Rotzettel mit einer Lieferung erhalten haben, für ihre späteren Bestellungen an die Einhaltung der Kleinverkaufspreise der Klägerin gebunden seien, zumal wenn sie wissen und sehen, daß jeder Rechnung immer wieder ein solcher Zettel beigefügt wird; ein Kaufmann könne sich nicht darauf berufen, daß er Rechnungsvermerke nicht gelesen habe oder nicht zu lesen pflege. In dem zur Entscheidung stehenden Fall hatte aber das Berufungsgericht festgestellt, daß die Kundschaft des Fabrikanten im großem Umfang die Rotzettel nicht beachtet und unter dem vorgeschriebenen Preis verkauft habe, daß dem Fabrikanten dies bekannt gewesen sei und daß er — ohne das Geschehene zu rügen — diese Kleinhändler weiter beliefert, dabei aber den Rechnungen wieder Rotzettel beigefügt habe. Dieses Verhalten der Beteiligten gestattet nach der Auffassung des Reichsgerichts nicht die Annahme einer vertraglichen Bindung an den Kleinverkaufspreis.

Der vom Hersteller erstrebte Zweck, allgemein die Einhaltung des von ihm festgesetzten Kleinhandelspreises als Einheitspreises durchzusetzen, kann natürlich nur dann erreicht werden, wenn übereinstimmende Preisvereinbarungen mit allen Abnehmern getroffen werden und wenn diese wiederum ihre sämtlichen Unterabnehmer in gleicher Weise verpflichten. Liegt ein solches „lückenloses Reverssystem" vor und werden die Vereinbarungen von allen Verpflichteten gehalten, dann ist damit das Ziel erreicht, daß der Markenartikel jeweils überall nur zu dem

vom Fabrikanten festgesetzten Preise feilgehalten und verkauft wird.

I. Gegen die vertragsmäßige Schaffung solcher generellen Preisbindungen bestehen privatrechtlich grundsätzlich keine Bedenken. Insbesondere können solche auch nicht aus dem Rechtsgrundsatz hergeleitet werden, daß es demjenigen, der eine Sache zu Eigentum erworben hat, freisteht, über die Sache nach Belieben zu verfügen und sie unter beliebigen Bedingungen, eventuell sogar unentgeltlich weiter zu veräußern. § 137 Satz 2 BGB. sieht die Möglichkeit vor, daß der Erwerber sich wirksam verpflichtet, überhaupt keine Verfügungen über eine Sache zu treffen; die Verpflichtung, nur unter bestimmten Bedingungen, insbesondere nur gegen Vereinbarung eines bestimmten Preises, die Sache zu veräußern, ist danach also erst recht zulässig.

Die grundsätzliche Rechtswirksamkeit von Preisbindungen der hier fraglichen Art läßt sich, wie in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt ist, auch nicht mit der Begründung in Frage stellen, daß die darauf hinzielenden Verträge wegen dieses ihres Inhalts schlechthin gegen die guten Sitten verstießen und deshalb nichtig seien.

Es besteht für den Fabrikanten kein Zwang, überhaupt zu produzieren; ebensowenig ein Zwang, die von ihm produzierten Waren zu veräußern; er kann sie für sich behalten, kann sie vernichten, wenn es ihm beliebt; es besteht für ihn kein Kontrahierungszwang; es ist sein aus dem Eigentum fließendes Recht, nach Belieben dem einen Händler zu liefern und dem andern jede Belieferung zu versagen, mögen dabei politische oder religiöse, materielle oder ideelle, sachliche oder persönliche, vernünftige oder unvernünftige Gründe bestimmend sein; er kann schließlich die Belieferung von der Einhaltung bestimmter Bedingungen abhängig machen, z. B. die Ware nicht ins Ausland weiterzuverkaufen, sie nur zu bestimmten Zeitpunkten feilzuhalten (z. B. die Berliner Illustrirte Zeitung nicht vor dem Donnerstag der Erscheinungswoche), schließlich: Die Ware nicht unter einem bestimmten Preise weiterzuverkaufen. All das verstößt nicht gegen die guten Sitten, ist vielmehr — entsprechend der den geltenden deutschen Gesetzen zugrunde liegenden kapitalistischen Wirtschaftsform — Ausfluß des Eigentums und der Vertragsfreiheit. Nur wenn im einzelnen Falle besondere Umstände hinzutreten, kann

der einzelne auf Preisbindung gerichtete Vertrag als sittenwidrig und daher nichtig angesehen werden.

II. Zu einer anderen Betrachtungsweise führen die kartellrechtlichen Bestimmungen der neueren Gesetzgebung.

Nach der Kartell-Verordnung vom 2. 11. 1923 findet auf das Verhältnis zwischen dem einzelnen Fabrikanten und seinen Abnehmern lediglich § 10 Anwendung; die übrigen Bestimmungen kommen deshalb nicht in Frage, weil die Gesamtheit der Einzel-Verträge, durch welche die Händler vom Fabrikanten reversmäßig zur Einhaltung der festgesetzten Preise verpflichtet werden, nicht als Verträge im Sinne des § 1 Kart.-Vdg. anzusehen sind.

Breslauer-Tschierschky[6]) haben allerdings diese Auffassung mit der Begründung vertreten, daß Fabrikant und Händler mittels solcher Vereinbarungen es unternehmen, die Bildung des Preises der Ware für den Markt zu organisieren und dauernd zu regulieren; insbesondere träte der „Kartellcharakter" solcher Vereinbarungen darin zutage, daß stets ein System von übereinstimmenden Einzelverträgen vorliege, sofern die Durchführung von der gleichmäßigen undurchbrochenen Handhabung abhänge; der einzelne Vertrag bilde in Wahrheit nur einen Teil eines notwendigen Kollektivvertrages. Diese Auffassng ist vom Kammergericht im Urteil vom 6. 7. 27[7]) abgelehnt worden mit der Begründung, von einem Kartell könne nur die Rede sein, wenn es sich bei den zwischen dem Fabrikanten und den einzelnen Großhändlern abgeschlossenen Vereinbarungen um ein in seiner Gesamtheit gesellschaftsähnliches Vertragsverhältnis handelt; „bei Lieferungsverträgen, wie sie zwischen den Fabrikanten von Markenartikeln und den einzelnen Großabnehmern abgeschlossen werden, kann aber im Hinblick auf die Selbständigkeit der Vereinbarung, die der Fabrikant mit jedem Großabnehmer trifft, von einem gesellschaftsähnlichen Vertragsverhältnis gar nicht die Rede sein". Auch R. Isay[8]) hat jene Auffassung abgelehnt. Der einzelne Vertrag fällt nach ihm nicht unter § 1, weil er kein Gesellschaftsverhältnis schaffe; der Gesamtkomplex der Verträge mit allen Unterabnehmern deshalb nicht, weil kein einheitliches Vertragsverhältnis vorliege, sondern eine Vielzahl völlig selbständiger Liefe-

[6]) In „System und Entwickelung des neuen Kartellrechts" (Beilage zur Kartellrundschau), 1926, S. 61 und 1927, S. 84.
[7]) Kart. R. 1928, S. 295.
[8]) Kart. R. 1927, S. 106.

rungsverträge, deren Beteiligte in keinem rechtlichen Zusammenhang miteinander ständen, auch keine gemeinsamen Organe hätten.

Die Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. 7. 1930 (im folgenden als „Notverordnung" bezeichnet und in ihrem hier in Frage kommenden V. Abschnitt als Anlage abgedruckt), welche sich gegen Preisbindungen aller Art wendet und daher diejenigen des einzelnen Markenartikelfabrikanten den Preisbindungen von Kartellen gleichstellt, hat, um eine gleichmäßige Anwendung ihrer Bestimmungen für beide Gruppen zu gewährleisten, für den Bereich und die Dauer ihrer Geltung die vorstehend erörterte Streitfrage dadurch beseitigt, daß in Abschnitt V § 1 Abs. 3 folgendes bestimmt ist:

> „Als Verträge im Sinne des § 1 der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen gelten auch solche Verträge, durch die sich mehrere selbständige Unternehmungen, welche der gleichen Wirtschaftsstufe angehören, einzeln gegenüber andern in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten."

Auf Grund dieser Bestimmung kommen alle Vorschriften der Notverordnung, die sich gegen Verträge nach § 1 Kart.-Vdg. richten, auch auf die zwischen einem Markenartikelfabrikanten und seinen Abnehmern geschlossenen Reversverträge zur Anwendung.

Die genannten Bestimmungen setzen voraus, daß durch die Preisbindungen bestimmte Wirkungen hervorgerufen werden:

a) Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls (§ 10 Kart.-Vdg.);
b) Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit der Erzeugung oder des Verkehrs mit Waren oder Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise. (Abschn. V § 1 Notverordnung.)

Zweck und Wirkung des § 138 BGB. einerseits und der erwähnten Bestimmungen der Kartellverordnung und der diese verschärfenden Notverordnung sind durchaus verschieden: Zweck des § 138 ist der unmittelbare Schutz des Vertragsgegners eines einzelnen Vertrages mit Rücksicht auf seine Interessen; entscheidend ist, ob der einzelne Vertrag,

für sich genommen, einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält; irgendwelche Beschränkung auf eine bestimmte Art des Sittenverstoßes ist in § 138 nicht vorgesehen.

Die erwähnten Bestimmungen der Kartellverordnung und der Notverordnung hingegen sind nicht im Interesse eines einzelnen, insbesondere eines bestimmten Vertragsbeteiligten, gegeben, sondern im Interesse der Allgemeinheit; sie richten sich daher nicht gegen einen einzelnen Vertrag, sondern gegen das bestimmte Geschäftsgebaren eines Unternehmers[9]). Unerheblich ist hier grundsätzlich, wie sich der einzelne Vertrag auswirkt; entscheidend ist, ob von bestimmten, für eine Mehrzahl von Verträgen maßgeblichen Geschäftsbedingungen die oben genannten bestimmten Folgen zu erwarten sind: Nicht die privatwirtschaftlichen Interessen einzelner Kaufleute, die mit Markenartikeln handeln, und einzelner Verbraucher, die solche Artikel kaufen, sind Gegenstand des Schutzes der beiden Verordnungen, sondern gesamtwirtschaftliche, volkswirtschaftliche Interessen.

Den Preisbindungen bei Markenartikeln ist nachgesagt worden, daß sie gesamtwirtschaftliche, volkswirtschaftliche Nachteile sowohl für den Produktionsprozeß, als auch für den Handel, als auch für den Verbraucher hervorrufen. Hierzu wird im einzelnen bemerkt:

1. Daß privatwirtschaftlich Preisbindungen für den Produzenten selbst grundsätzlich vorteilhaft und in gewissem Sinne unerläßlich sind, ist schon früher dargelegt worden. Grundsätzlich wird dadurch also die in der Notverordnung verlangte „Wirtschaftlichkeit der Erzeugung" nicht beeinträchtigt, vielmehr eher gefördert. Man weist aber darauf hin, daß Preisbindungen, insbesondere bei Markenartikeln, die Tendenz zur Beharrung haben ohne Rücksicht auf Wechsel der Konjunktur und Änderungen der Kaufkraft der Verbraucher; daß die Aufrechterhaltung von Preisen, die der Kaufkraft der Konsumenten nicht mehr entsprechen, zu einer Verringerung des Absatzes führt, die — wenn es sich um langanhaltende Wirtschaftskrisen handelt — notwendigerweise eine Einschränkung der Produktion und damit Verringerung der dabei beschäftigten Arbeiter, Vermehrung der Erwerbslosen und erhöhte Belastung der Gesamtwirtschaft zur Folge hat.

---

[9]) Haußmann-Holländer, Komm. zur Kart.-Vdg., S. 103.

Dieser Hinweis mag in einzelnen Fällen zutreffen; er kann aber nicht verallgemeinert, nicht als allgemeines Argument gegen Preisbindungen bei Markenartikeln verwendet werden. Er fällt ohne weiteres weg, wenn der Fabrikant aus Selbsterhaltungstrieb den Kleinverkaufspreis so weit herabsetzt, daß er der Kaufkraft seiner Reflektanten angepaßt ist und eine Verringerung des Absatzes dadurch ausgeglichen wird. Er fällt weiter weg, wenn der Fabrikant — sei es wegen überwiegender Verwendung von Maschinen, sei es wegen des geringen Umfanges seines Betriebes — so wenig Arbeiter beschäftigt, daß auch erhebliche Schwankungen der Absatzmenge auf die Zahl der Arbeitskräfte keinen Einfluß haben. Es kommt also immer auf den einzelnen Fall an, und es wäre eine Unbilligkeit, wegen nachteiliger Wirkungen auf den Arbeitsmarkt, die sich bei einem Teil der Markenartikelfabrikanten als Folge von Preisbindungen zeigen, auch die übrigen Fabrikanten, bei denen dies nicht der Fall ist, einer Schädigung der Gesamtwirtschaft zu zeihen.

2. Einwirkungen der Preisbindungen auf den Handel.

Hier wird folgendes geltend gemacht:

Der Handel werde seiner wirtschaftlichen Bedeutung beraubt, weil er die selbständige Einwirkung auf die Preisgestaltung verliere und damit außerstand gesetzt werde, als selbständiger Faktor die seinem Wesen entsprechende Wirkung auf dem Markt auszuüben[10]). Der Großhändler werde meist zum reinen Agenten oder Kommissionär, die Großhandelsfunktion zur bloßen Lagerhaus- und Verteilungsfunktion; der Kleinhändler werde reiner auf Gewinnprozente gestellter Lagerhalter und mechanischer Verkäufer[11]). „Aus dem Händler, dessen Wagemut einst auf der Suche nach indischen Spezereien den neuen Kontinent entdeckte, wird der Verteiler von fertiggepackten Waren mit festem, überall gleichem Preis[12])."

Dem ist zweierlei entgegenzuhalten:

a) Der Handel wird allerdings durch das Markenverkaufssystem in verschiedener Beziehung in seiner Unabhängigkeit und Selbständigkeit beschränkt. Dies beruht zum Teil auf Eigenarten des Systems, die nichts mit

[10]) Tschierschky in Kart. R. 1929, S. 137.
[11]) Tschierschky in Kart. R. 1926, S. 66.
[12]) Weidenhammer in Voss. Ztg. 1929, Nr. 221.

Preisbindung zu tun haben: wie an früherer Stelle dargelegt, wird der Händler indirekt durch den Fabrikanten genötigt, diejenigen Artikel zu kaufen, für welche der Produzent durch die von ihm betriebene Reklame bei den Konsumenten Kauflust geweckt hat; es wird dadurch die auswählende Tätigkeit des Händlers beseitigt, es bedarf nicht seiner Fachkunde, seiner Empfehlung, seiner Vertrauensstellung, seiner Garantie für die Qualität der Ware — in all diesen Beziehungen tritt der Fabrikant an die Stelle des Händlers. Es kommt hinzu, daß die Ware dem Händler in bestimmter Verpackung verkaufsfertig geliefert und dadurch eine besondere Behandlung (Abwägen, Abfüllen, Abmessen, Verpacken) durch den Händler überflüssig gemacht wird. Erst recht wird natürlich durch das Vorschreiben eines Einheitspreises für alle Stufen des Handels eine Beschränkung seiner Selbständigkeit insofern hervorgerufen, als der unmittelbare Einfluß des Händlers auf die Preishöhe ausgeschaltet wird.

Keineswegs wird aber die Unabhängigkeit des Handels grundlegend angetastet. Denn einmal spielt in vielen Handelszweigen der Markenartikel eine sehr geringe Rolle (z. B. bei Textilwaren), und in ziemlich allen Branchen gibt es neben Markenartikeln zahllose markenfreie Waren. Sobald aber die Konkurrenz zwischen den einzelnen Markenartikeln so groß wird, daß markenfreie Ware in den Hintergrund tritt, stärkt sich der Einfluß des Händlers deswegen, weil dann angesichts der verwirrenden Überfülle gleichartiger Markenartikel wieder die Empfehlung des Händlers beim Käufer entscheidende Bedeutung gewinnt und der Händler auf diese Weise diejenigen Artikel bevorzugen kann, die ihm geeignet erscheinen. Mit dem Erstarken des Einflusses des Handels ist dann auch die Möglichkeit gegeben, Einflüsse auf den Einkaufs- und Verkaufspreis zu gewinnen — freilich immer nur innerhalb des Prinzips der Preisgleichheit. Außerdem haben viele Händler und Händlervereinigungen, namentlich aber Konsumgenossenschaften und Einkaufsvereinigungen die Markenartikel-Idee sich in der Weise zunutze gemacht, daß sie eigene Markenartikel herstellen oder sich herstellen lassen und in ihren Geschäften feilhalten; auf diese Weise benutzen sie die Idee, von welcher Gefahr für ihre Selbständigkeit droht, dazu, um sie bis zu einem gewissen Grade zurückzugewinnen, eventuell sogar zu verstärken[13]). Im übrigen fühlt sich, wie

[13]) Vgl. Magazin der Wirtschaft 1929, S. 605.

die Erfahrung lehrt, der Handel bei dem Markenkaufsystem im allgemeinen durchaus wohl. Diese Form des Vertriebes ist im Einzelhandel durchaus beliebt. Nach Tschierschky[14]) zeigt die Tagespraxis tatsächlich, daß gerade der in Frage kommende Detailhandel das größte Interesse an dem heute eingebürgerten Absatzsystem der Markenartikel hat[15]).

Die Beschränkungen der kaufmännischen Selbständigkeit werden durch eine Reihe von Annehmlichkeiten ausgeglichen. Abgesehen von den schon erwähnten Umständen (Beschränkung des Preisrisikos infolge der Ausschließung des Preiswettbewerbes, Fortfall der eigenen Reklametätigkeit, Lieferung verkaufsfertiger Waren) kommt in Betracht, daß beim Markenhandel der Kleinbetrieb die Konkurrenz des Großbetriebes nicht zu befürchten braucht, weil letzterer infolge der Preisbindung nicht in der Lage ist, billiger zu verkaufen als der kleinste Krämer. Infolge des zuletzt erwähnten Umstandes ist auch das Interesse kleinerer Geschäfte an dem Preissystem der Markenartikel erheblich größer als dasjenige der Großunternehmungen des Einzelhandels, insbesondere der Waren- und Kaufhäuser[16]).

b) Wenn die Feststellung berechtigt wäre, daß durch Preisbindungen tatsächlich weitestgehend die volkswirtschaftliche Stellung, die der Handel solange innegehabt

---

[14]) Wirtschaftsdienst 1928, S. 1967.

[15]) Vgl. auch Tiburtius in Frankf. Ztg. v. 9. 1. 29, wo ausgeführt ist, daß die Markenartikel mit ihrem Preisschutz im Lebensmittel- und Drogenhandel größtenteils sehr beliebt seien, während sie allerdings in anderen Branchen, wie z. B. in vielen Textilzweigen, als Ausschaltung der Dispositionsfreiheit des Einzelhandels empfunden wurden.

In einem gelegentlich des 19. Edeka-Verbandstages am 16. 5. 1927 von dem Vorstandsmitglied Ilchmann der Edeka-Zentrale erstatteten und in der „Edeka Deutschen Handelsrundschau" 1927, Seite 647, veröffentlichten Referat heißt es u. a.: „Eins steht fest, daß wir vor dem Kriege durchaus gut gefahren sind, und daß uns die Nachkriegszeit gelehrt hat, daß es ohne eine gewisse Preisbindung nicht geht . . . für unseren Berufsstand heißt es jetzt auf der Hut zu sein, denn der Moloch Preisunterbietung und Preisschleuderei schickt sich an, den Berufsstand vollends aufzusaugen . . ., die Sanierung und Reinigung der gesamten Wirtschaft hängt auch von der Preisbindung und Preisbildung der Markenartikel und anderen Waren ab." Der erwähnte Verbandstag nahm eine Entschließung an, in welcher u. a. der Vorstand beauftragt wurde, bei Durchführung der Bestrebungen nach uneingeschränkter Einhaltung der Verbraucherpreise für Markenartikel mitzuwirken.

[16]) Vgl. hierzu Tschierschky, „Der Preisschutz von Markenartikeln" in Zeitschrift für Waren- und Kaufhäuser 1929, Nr. 24.

hat, beeinträchtigt oder gar beseitigt wird, ergäbe sich daraus noch keineswegs, daß derartige Preisbindungen nach geltendem deutschem Recht ungesetzlich sind, insbesondere die Gemeinwirtschaft oder das Gesamtwohl gefährden oder die Wirtschaftlichkeit des Warenverkehrs beeinträchtigen, oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise einschränken. Jede neue wirtschaftliche Erscheinung wirkt in irgendeiner Weise nachteilig auf Bestehendes ein; die Maschine macht die Handarbeit entbehrlich, die Fabrik vernichtet das Handwerk. Kein Berufsstand kann verlangen, daß seine Stellung, insbesondere seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit, durch die Jahrzehnte hindurch in unveränderter Weise fortbestehe. Vom Standpunkt der Gesamtwirtschaft ist keine Einrichtung, insbesondere kein Gewerbe, kein Berufsstand als Selbstzweck anzusehen, sondern stets nur als Mittel zu dem Zweck, der Gesamtwirtschaft zu dienen und zu nützen. Die bloße Tatsache allein, daß ein Berufsstand durch irgendwelche wirtschaftlichen Vorgänge Gefahr läuft, tiefgreifende Änderungen in seinem Wesen zu erleiden, ergibt noch keineswegs, daß dadurch auch die Gesamtwirtschaft leiden muß. Für diese ist nicht entscheidend, ob Bestehendes sich ändert, sondern ob durch die Änderung überwiegend Vorteile oder Nachteile für die Gesamtheit entstehen. Infolge der Einführung der Gewerbefreiheit und des freien Wettbewerbes sind viele einzelne Gewerbetreibende um ihre Existenz gebracht worden. Das Reichsgericht (Band 72 S. 229) lehnt die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten ab, falls durch das geschäftliche Vorgehen eines Gewerbetreibenden zahlreiche andere Gewerbetreibende geschädigt werden; das Reichsgericht hebt in der erwähnten Entscheidung u. a. hervor, daß die Errichtung großer Warenhäuser zu diesem Ergebnis geführt hat, ohne daß dies rechtlich zu beanstanden sei.

Ebensowenig wie es als ungesetzlich zu gelten hat, wenn einzelne Handeltreibende durch wirtschaftliche Maßnahmen anderer Gewerbetreibender Beeinträchtigungen ihres Unternehmens erleiden, ebensowenig ist es vom Standpunkt der Gesamtwirtschaft grundsätzlich zu beanstanden, wenn der gesamte Handel oder doch ein größerer Teil desselben durch irgendwelche Maßnahmen von Produzenten zu wesentlichen Änderungen der Betriebsweise genötigt oder in manchen Beziehungen sogar ganz ausgeschaltet wird. Durch große Spezialgeschäfte und Kettenläden, durch Kauf- und Waren-

häuser sind in erheblichem Umfange Handelsbetriebe aller Art vernichtet worden; durch neue Absatzformen ist der Kleinhandel in mancher Beziehung gänzlich ausgeschaltet worden (z. B. durch Konsumgenossenschaften, Versandgeschäfte, Verkaufsfilialen der Fabrikanten).

In all diesen Fällen handelt es sich nicht um gewillkürte Eingriffe in die Stellung des Handels, sondern um notwendige Auswirkungen wirtschaftlicher Entwicklungen. Die Produktion von Markenartikeln, wie überhaupt die Produktion von Massengütern, und die Warentypung ist eine durch die Entwicklung der modernen Industrie bedingte wirtschaftliche Erscheinung; das gilt also auch für diejenigen Maßnahmen, die der Förderung dieser Produktion dienen, insbesondere für die den Absatz fördernde Festsetzung einheitlicher Verkaufspreise. Diese Preisnormung wiederum ist nicht erst neuerdings als ein Mittel der Rationalisierung des Absatzes erkannt und erprobt worden. Der Buchhandel kennt seit langem außer der Festsetzung eines einheitlichen Ladenpreises für das einzelne Buch die Festsetzung von Einheitspreisen für ganze Serien (z. B. Reclamhefte, Ullsteinbücher, die 2,85-Mark-Serie „Romane der Welt" u. a. m.). Das aus dem Rationalisierungsbedürfnis des Absatzes und dem Bequemlichkeitsbedürfnis des Publikums resultierende Bestreben nach Vereinfachung der Preisgestaltung hat zu verschiedenen Erscheinungen geführt: Zu dem jetzt fast allgemein eingeführten System der „festen Preise" im Kleinhandel; zu der Einrichtung von Fabrikfilialen mit festen Fabrikpreisen; zu Einheitspreisläden, in denen Waren oder Warenmengen ausschließlich in einer oder doch nur ganz wenigen Preislagen feilgehalten werden; ein besonderer Anwendungsfall ist das von Marbach im Magazin der Wirtschaft 1930 Seite 840 ff. ausführlich beschriebene Schweizer „Migros"-Verkaufssystem. Hierher sind ferner zu rechnen die durch amtliche Stellen festgesetzten Einheitspreise für Monopolwaren (z. B. Spiritus, Zündhölzer), die Tarife für das Verkehrsgewerbe (z. B. Autodroschken). Die Festsetzung von einheitlichen Kleinverkaufspreisen durch Markenartikelfabrikanten liegt also durchaus im Zuge einer seit längerer Zeit in den verschiedensten Formen sich offenbarenden Entwicklung.

Auch in einer anderen Beziehung paßt sich dieses Verkaufssystem der Entwicklungsrichtung der Wirtschaft an: nämlich der Konzentration und Zentralisierung, die sich in der Bildung von Kartellen, Konzernen, Trusts und gesetz-

lich geschaffenen Monopolbetrieben äußert und in weitem Umfang zur Einschränkung des Wettbewerbes und zur Stärkung der beteiligten Betriebe führt. Der Markenartikelfabrikant (insbesondere aber der Verband solcher Fabrikanten) beugt durch Festsetzung von Einheitsverkaufspreisen dem Wettbewerb zwischen den mit dem Verkauf betrauten Händlern vor und verhindert dadurch existenzgefährdende und wertvernichtende Konkurrenzkämpfe zwischen ihnen. Keineswegs wird aber dadurch auf dem Gebiet des Markenartikelwesens jeder Konkurrenzkampf beseitigt und die dadurch bedingte Preisregulierung verhindert; nur werden die Konkurrenzkämpfe an zentraler Stelle, nämlich zwischen den Fabrikanten ähnlicher Artikel ausgefochten, sei es durch die von ihnen betriebene Reklame, sei es durch die Bemessung des Händlerrabatts, sei es durch die Festsetzung der Kleinverkaufspreise; deren Höhe ist dann also das Ergebnis des Konkurrenzkampfes zwischen den Fabrikanten. Auch hier handelt es sich letzten Endes um die für die Regulierung des Handelspreises maßgebende Wirkung von Angebot und Nachfrage; diese Wirkung tritt hier einerseits langsamer ein, als es bei einem Konkurrenzkampf zwischen Kleinhändlern der Fall sein würde; andererseits tritt sie — vermöge der zentralen Preisfestsetzung — gleichmäßig bei allen Kleinhändlern ein und ist nachhaltiger als eine Preisbildung, die auf rein lokalem Konkurrenzkampf beruht. Insbesondere ist es auf diese Weise möglich, einen Abbau der Kleinverkaufspreise, wenn derselbe im Interesse der Allgemeinheit oder im Interesse der Branche angezeigt erscheint, mit einem Schlage gleichmäßig durchzuführen.

Die vorstehenden Erwägungen sollten dartun, daß die Beschränkungen, welche der Handel durch das Markenartikelverkaufssystem erleiden kann, grundsätzlich nicht eine Schädigung oder Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gesamtwohls herbeizuführen brauchen.

Aus dem bereits erwähnten „Eisenhandelsurteil[17])“ kann man nicht eine entgegengesetzte Stellungnahme des Kartellgerichts herauslesen; zwar ist dort hervorgehoben, daß der organisierte Eisenhandel „seiner Stellung als eines selbständigen Organs der Gesamtwirtschaft völlig beraubt“ werde, daß er insbesondere nicht mehr in der Lage sei, seiner natürlichen Aufgabe gemäß, durch eigene wirtschaft-

[17]) Kart. R. 1927, S. 268.

liche Tätigkeit zugunsten des Verbrauchers auf eine angemessene Preisregulierung zu wirken. Aber in dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall waren die beanstandeten Wirkungen nicht durch gewöhnliche Preisbindungen, sondern durch kartellmäßige Angliederung des Eisengroßhandels an die Produzenten, durch eine Verschmelzung beider Wirtschaftsstufen entstanden, die in Verbindung mit der monopolistischen Macht Gefahren für die Verbraucherinteressen heraufbeschwor. Aus diesem Urteil läßt sich also keineswegs als Auffassung des Kartellgerichts entnehmen, daß eine Beeinträchtigung der Gesamtwirtschaft schon deshalb vorliege, weil durch eine Maßnahme die Selbständigkeit des Handels mehr oder weniger gefährdet oder beseitigt werde; Gefahren für die Gesamtheit treten nach der Auffassung des Kartellgerichts offenbar nur dann ein, wenn durch eine Beeinträchtigung des Handels die Interessen der Verbraucher entscheidend gefährdet werden. Solange die durch Preisbindungen hervorgerufenen Beeinflussungen der Stellung des Handels sich nicht für den Verbraucher ungünstig auswirken, wird von einer Gefährdung der Gesamtwirtschaft ebenso wenig die Rede sein können, wie angenommen werden kann, daß durch die Preisbindung die „Wirtschaftlichkeit" des Handels beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt wird[18]).

3. Der Haupteinwand, der in Theorie und Praxis, vielfach auch in Prozessen, gegen die Zulässigkeit von Preisbindungen erhoben wird, ist der, daß durch sie die Preise willkürlich auf unangemessene Höhe gebracht und dadurch die Konsumenten in einer die Gesamtwirtschaft gefährdenden Weise beeinträchtigt würden. Die Berechtigung dieses Einwandes ist von den ordentlichen Gerichten wiederholt anerkannt worden. So heißt es in dem Urteil des Reichsgerichts vom 24. 1. 1928, Bd. 120, S. 52, 53:

> „Die Übung einer großen Zahl von Fabrikanten gerade auf den hier in Betracht kommenden Warengebieten (es handelte sich um Medizinaldrogen und Chemikalien), dem Wiederverkäufer bestimmte Preise (sogenannte Markenpreise) vorzuschreiben, die weder nach unten noch nach oben abgeändert werden dürfen, ist nach geltendem Recht jedenfalls solange nicht zu

---

[18]) Kart. R. 1929, S. 137.

beanstanden, als hierdurch nicht eine künstliche unbillige Hochhaltung der Preise für den Verbraucher bewirkt wird. Das gilt selbst dann, wenn die wirtschaftliche Macht der den Zwang ausübenden Partei infolge einer auf dem Zusammenschluß aller Interessenten beruhenden monopolartigen Stellung dem Gegner sehr überlegen ist. (JW. 1926, S. 1982) .... Das Verlangen der Fabrikanten ist weder gegenüber dem Beklagten als ihrem Abnehmer, noch auch vom Standpunkte des Allgemeinwohls aus ungerechtfertigt."

Den gleichen Standpunkt hat das Kartellgericht in der Entscheidung vom 9. 5. 1925 (Nr. 53 E.S.) eingenommen, wo es heißt, eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls sei dann zu befürchten, wenn der im Ladenpreis enthaltene Gewinn des Sortimenters ungewöhnlich hoch wäre und wenn die Durchführung des Ladenzwanges dazu bestimmt wäre, in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Bücherpreise hochzuhalten. Im Anschluß an dieses Urteil führt das O.L.G., Karlsruhe in seinem viel erörterten Urteil vom 13. 6. 1928[19]) aus:

„Wenn also das Ladenpreissystem auch nur in einzelnen Fällen beweist, daß der Sortimenter gezwungen wird, einen unangemessenen Preis zu verlangen, daß also in solchen Fällen der Preis für den Verbraucher unangemessen hochgehalten wird, so ist das System nach dem vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatze zu beanstanden."

Pinzger[20]) bezeichnet es als einen durchaus richtigen Gedanken, daß unter Umständen in dem Reverssystem eines Fabrikanten ein Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung gefunden werden kann, z. B. wenn es sich um Gegenstände des notwendigen Wirtschaftsbedarfs handelt, die ausschließlich von dem Fabrikanten beziehbar sind.

In den vorstehenden Äußerungen sind die wesentlichen Gesichtspunkte angedeutet, die bei Beanstandung von Preisfestsetzungen geltend gemacht werden.

Wenn im nachstehenden diese Gesichtspunkte einer Erörterung unterzogen werden, so bezieht sich diese aus

[19]) Kart. R. 1928, S. 682.
[20]) „Preisschleudern und gute Sitten" in Kart. R. 1928, S. 346.

systematischen Gründen zunächst nur auf Reversverträge des einzelnen Fabrikanten mit seinen Abnehmern; inwieweit besondere Gesichtspunkte bei den zu Verbänden, insbesondere allgemeinen Markenschutz-Verbänden, zusammengeschlossenen Fabrikanten vorliegen, wird an anderer Stelle untersucht werden.

Drei Momente spielen bei der Preisfrage eine maßgebende Rolle: die Angemessenheit der Preise; die wirtschaftliche Bedeutung der preisgebundenen Ware und die Frage, ob Beeinflussung der Preishöhe durch Ausnutzung einer Monopolstellung stattfindet.

a) Das geltende deutsche Privatrecht kennt keine absoluten Preisbeschränkungen; grundsätzlich können mit verbindlicher Kraft auch völlig unangemessene, sogar in auffälligem Mißverhältnis zum Wert der Ware stehende Kaufpreise vereinbart werden; eine Grenze zieht im allgemeinen nur § 138 BGB. Der Gesichtspunkt des Wuchers kommt im Verhältnis zwischen Fabrikanten und Händlern praktisch nicht in Frage, vielmehr nur im Verhältnis zwischen Händlern und Konsumenten. Da dem Fabrikanten in der Regel nicht bekannt ist, an welche Konsumenten im einzelnen der Händler die Markenartikel veräußern wird, kann er auch nicht übersehen, ob bei den Käufern die subjektiven Voraussetzungen des Wuchers gegeben sein werden; aus dem Gesichtspunkt einer Mitwirkung bei wucherischen Geschäften werden also Vereinbarungen zwischen Fabrikanten und Händler über die Höhe des Kleinverkaufspreises sich kaum angreifen lassen, dies um so weniger, als es sich bei einem großen Teil der Markenartikel um Luxusgegenstände handelt, deren Kauf also nicht aus einer Notlage heraus erfolgt; bei anderen Artikeln z. B. Medikamenten könnte allerdings, wenn der Kleinverkaufspreis in auffälligem Mißverhältnis zum Wert steht, dem Fabrikanten vorgeworfen werden, daß er bei Vereinbarung eines solchen Preises die Vorstellung gehabt habe, daß auch Personen, die sich in einer durch Krankheit und Armut bedingten Notlage befinden, die fragliche Ware kaufen werde; so ließe sich in solchem Falle möglicherweise der Vorwurf eines dolus eventualis begründen; daraus könnte dann unter Umständen die Nichtigkeit der auf Einhaltung des festgesetzten Verkaufspreises gerichteten Vereinbarung hergeleitet werden. Abgesehen hiervon, kommt nur die Möglichkeit allgemeiner Sittenwidrigkeit oder einer Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls

in Frage. Ob letzteres der Fall ist, haben die Gerichte unter Benutzung aller Erkenntnisquellen zu entscheiden. Insbesondere haben sie selbst zu entscheiden, welche Grundsätze für diese Prüfung maßgebend sind; sie sind nicht an die Auffassungen von Verwaltungsbehörden, insbesondere auch nicht diejenigen der Regierung gebunden, selbst wenn diese ihre Auffassung in amtlicher Form zum Ausdruck bringt, wie das z. B. bei der sogenannten „Preissenkungsaktion" im Jahre 1925 geschah[21]).

Firma	Ware	Preis beim Grossisten RM	Verkaufspreis RM	+ v. H.
Albersheim	Khasana-Kopfwasser ...	3,—	4,50	50
Beiersdorf	Nivea-Creme	—,40	—,60	50
	Pebeco-Zahnpasta.....	—,65	1,—	54
Bergmann	Rosodont	—,40	—,75	87½
Daevers	Fascinata-Creme	—,75	1,25	67
Dralle	Menta-Mundwasser	—,95	1,50	58
	Birkenwasser	2,35	3,75	60
	Illusion im Leuchtturm	2,—	3,—	50
Elida	Creme im Glas	1,—	1,50	50
Lohse	Mundwasser	3,—	4,50	50
	Uraltes Lavendelwasser	3,—	5,—	67
Leowerke	Chlorodont	—,65	1,—	54
	Mundwasser	—,90	1,40	55½
Mouson	Creme	—,65	1,—	54
	Seife	—,45	—,70	55
	Taitai-Kopfwasser	3,50	5,50	57
Scherk	Talkpuder	1,—	1,50	50
	Creme	1,–	1,50	50
Schwarzlose	Aureol.....	3,—	5,—	67
	Seife.....	—,75	1,25	67
Sebald	Haartinktur	2,50	4,—	60
Vasenol	Körperpuder.....	1,80	3,—	67
Wolff & Sohn	Divinia-Kopfwasser	2,—	3,50	75
	Portugal	2,—	3,50	75
	Auxolin	2,—	3,50	75
	Kaloderma	—,75	1,25	67
	Rasierseife.....	—,45	—,75	67

[21]) Vgl. Mitteilung hierüber unter dem Titel „Regierungsvorgehen zum Preisabbau" in Kart. R. 1926, S. 50.

Ob der Preis für eine Ware unangemessen oder unbillig oder ungewöhnlich hoch ist, ist anerkanntermaßen eine meistens schwer zu beantwortende Frage; das hat sich seinerzeit bei Anwendung der Preistreibereiverordnung gezeigt.

Die Gegner des Markenartikelwesens weisen meist auf die Spanne zwischen Fabriks-, Großhandels- und Kleinhandelspreis hin; hier ergeben sich allerdings mitunter auffällig hohe Handelszuschläge; die vorstehende von Deiters a. a. O. S. 401 gegebene Zusammenstellung zeigt die Höhe des Kleinhandelszuschlages bei einer Reihe bekannter kosmetischer Mittel.

Die Gewinne des Großhandels sind nach Deiters geringer; sie betragen z. B. bei Birkenwasser ca. 20 v. H., bei Kaloderma-Rasierseife zirka 15 v. H., bei Lohse Mundwasser zirka 15 v. H., bei Sebald Haartinktur zirka 20 v. H., bei Chlorodont zirka 18 v. H. und bei Mouson-Seife zirka 15 v. H. Deiters führt weiter als Beispiele an, daß Schallplatten der Lindström-A.-G. einen Handelsgewinn von 57 v. H. enthalten und daß auf einer bekannten Zigarettenmarke eine Gewinnspanne von 112 v. H. liege. Er zeigt ferner an einigen Beispielen, daß die Handelsspannen bei Markenwaren für den Massenverbrauch zum Teil etwas geringer sind; ich gebe auch diese Zusammenstellung wieder.

	Großhandels-Einkaufspreis für 100 Stück RM	Verbraucherpreis RM	Preisspanne v. H.
Henkel & Cie., Persil	30,60	—,45	49
Henkel & Cie., Ata, Scheuerpulver	12,75	—,20	55
Kathreiner, Malzkaffee	39,60	—,55	39
Seelig, Kornkaffee	38,88	—,55	41
Seelig & Hille, „Teekanne", 1. Qualität	94,50	1,40	48
Seelig & Hille, „Teekanne", 2. Qualität	58,50	—,85	45

In dem Urteil des O. L. G. Karlsruhe vom 13. 6. 1928 ist festgestellt worden, daß die Aufschläge der Sortimenter auf manche Bücher mehr als 100 Prozent betragen.

Gegenüber diesen Beispielen ist zunächst zu betonen, daß sie nicht ohne weiteres eine Verallgemeinerung gestatten; sodann aber, daß die angegebenen Zuschläge — deren Richtigkeit unterstellt — den Bruttogewinn des Händlers darstellen, dessen Berechtigung nur bei Kenntnis

der gesamten Unkosten des Händlers nachgeprüft werden kann, die oft einen wesentlichen Teil des Bruttogewinns aufzehren.

Es kann hier jedoch auf die einzelnen bei Prüfung der Angemessenheit maßgebenden volks- und privatwirtschaftlichen Gesichtspunkte nicht eingegangen werden[22]).

Als bedeutungsvoll soll hier nur erörtert werden, ob das System der Preisbindungen als solches notwendigerweise zwangsläufig zu unangemessener Hochhaltung der Preise führt, ob also eine solche Preisgestaltung stets mit dem Markenverkaufssystem verbunden ist. Wäre das der Fall, dann würde daraus vielleicht die generelle Unzulässigkeit des ganzen Verkaufssystems sich ergeben. Aber davon kann nicht die Rede sein. Mehr oder weniger zwangsläufig ergibt sich aus der Preisbindung als solcher nur,

α) daß der Fabrikant, um den Preis möglichst stabil zu erhalten, ihn so hoch ansetzen muß, daß dadurch spätere Erhöhungen der Produktionskosten (Steigerung der Rohmaterialpreise und Arbeitslöhne) ausgeglichen werden[23]). Menz[24]) weist aber darauf hin, daß jeder einzelne Materialkostenanteil am Kleinverkaufseinzelpreis bei den meisten Markenartikeln relativ so gering sein dürfte, daß wohl schon sehr beträchtliche Veränderungen vor sich gehen müßten, bis sie sich im Einzelverkauf nennenswert auswirken könnten[25]).

β) Als weiterer zwangsläufig preiserhöhender Faktor kommen die Unkosten in Frage, welche durch die Durchführung des Systems der Reversverpflichtungen bei der meist sehr großen Zahl der in Frage kommenden Kleinhändler, durch die notwendige ständige Kontrolle und die Verfolgung etwaiger Verstöße verursacht werden[26]). Daß diese Unkosten aber in allen oder auch nur in den meisten Fällen

---

[22]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Sellert, Markenartikel und Preispolitik, S. 83 ff.

[23]) Vgl. Findeisen, a. a. O. S. 51; Tschierschky im Wirtschaftsdienst 1928, S. 1966; Deiters, a. a. O. S. 401.

[24]) a. a. O. S. 137.

[25]) So spielen z. B. in der chemischen Industrie die zur Verarbeitung kommenden Grundstoffe im Rahmen der gesamten Unkosten eine geringe Rolle; nach dem von Prof. Dr. Bosch für den Enqueteausschuß erstatteten Gutachten wurden von dem gesamten Betriebskapital der I. G. Farben im Jahre 1928 nur 4,64 % zur Eindeckung mit Roh- und Betriebsstoffen beansprucht.

[26]) Vgl. Tschierschky, Wirtschaftsdienst 1928, S. 1966.

relativ hoch sind, kann nicht ohne weiteres als feststehend angesehen werden.

γ) Schließlich wird als zwangsläufige Folge der Preisbindung der hohe Händlerrabatt bezeichnet. Allerdings besteht eine innige Wechselwirkung zwischen beiden Erscheinungen; aber auf keinen Fall kann allgemein unangemessene Höhe dieses Rabatts als notwendige Folge der Preisbindung angesehen werden; die Erfahrung hat gelehrt, daß die Fabrikanten von gut eingeführten, allgemein begehrten Markenartikeln bestrebt sind, die Händlerrabatte zu kürzen[27]).

Der Beweis, daß Preisbindungen stets oder auch nur in häufigen Fällen zu unangemessener Verteuerung der Ware notwendigerweise führt, ist bisher noch nie erbracht worden. Das O. L. G. Karlsruhe im Urteil vom 13. 6. 1928 scheint diesen Beweis für den Buchhandel als erbracht anzusehen. Demgegenüber führt das O. L. G. Frankfurt in der Entscheidung vom 6. 5. 1929 aus: „Im Gegensatz zu dem vorgenannten Urteil vermag das Gericht aber nicht das Ladenpreissystem im ganzen schon deswegen als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen, weil im Einzelfalle aus einer Rabattgewährung bis zu 50 Prozent ein unangemessen hoher Gewinn eines Sortimenters folgen kann. Es hätte vielmehr einen solchen Verstoß nur annehmen können, wenn ihm der Beweis erbracht worden wäre, daß das Ladenpreissystem in einer Reihe von Fällen zu diesem unangemessenen Gewinn geführt hat." Auch das Kartellgericht hat in der den Buchhandel betreffenden Entscheidung vom 9. 5. 1925 (Kart. R. 1925 Seite 432) den Beweis nicht als erbracht angesehen, daß das Ladenpreissystem als solches auf eine Hintansetzung von Lebensinteressen und Bedürfnissen des Volkes hinter rücksichtslos durchgeführten Sonderinteressen eines einzelnen oder mehrerer Berufsstände hinausläuft; ebenso auch das Reichsgericht, zuletzt noch im Urteil vom 26. 10. 1928 („Duden-Urteil" Jur. Wochenschrift 1929 Seite 249).

Es besteht also kein Grund, Preisbindungen schlechthin als gemeinschädlich vom volkswirtschaftlichen oder vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus zu verwerfen. Es kann sich immer nur darum handeln, ob im einzel-

---

[27]) Vgl. Hirsch, a. a. O. S. 12, und Tschierschky, Wirtschaftsdienst 1928, S. 1967.

nen Falle unter Berücksichtigung aller beim Produzenten und Händler vorliegenden Umstände der festgesetzte Preis unangemessen hoch ist. Wird eine solche Feststellung getroffen, so ergibt sich daraus grundsätzlich aber noch nicht, daß die vertragsmäßige Festlegung eines solchen Preises das Gemeinwohl oder die Gesamtwirtschaft gefährdet oder die Wirtschaftlichkeit der Erzeugung oder des Handels mit dem bestimmten Artikel beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise einschränkt.

Die Reichsregierung hat in der Begründung zu der Notverordnung vom 26. 7. 1930 hierzu folgendes ausgeführt:

> „Die Anpassung der gebundenen Preise an die veränderte Wirtschaftslage und die gesunkene Kaufkraft breiter Massen sowie an die Notlage der im freien Wettbewerb stehenden Wirtschaftskreise setzt sich nach allgemeiner Ansicht zeitlich zu langsam und ihrem Ausmaß nach unzulänglich durch. Infolgedessen ist u. a. das Verhältnis der Preise von Waren und Leistungen zueinander vielfach in einer volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigten Weise verschoben worden.
>
> Die mangelhafte Anpassung der gebundenen Preise in einer Zeit, in der die gesamte deutsche Wirtschaft unter dem Drucke einer schweren Depression steht, erschwert und verzögert die Überwindung der wirtschaftlichen Not, führt zum Brachliegen menschlicher Arbeitskräfte und technischer Anlagen weit über das unmittelbar durch eine Krise an sich bedingte Maß hinaus und hat Spannungen hervorgerufen, die einer ausgeglichenen Zusammenarbeit aller wirtschaftlich Tätigen im Wege stehen."

Es ist keineswegs zum Ausdruck gebracht, daß alle auf Markenartikel bezüglichen Preisbindungen ohne weiteres zu beanstanden seien, sofern die gebundenen Preise unangemessen hoch sind; als Gründe für eine Beanstandung sind vielmehr angegeben:

1. daß durch die Nichtanpassung der gebundenen Preise an die gesunkene Kaufkraft breiter Massen die Beseitigung der wirtschaftlichen Not derselben erschwert und verzögert werde;
2. daß dadurch ferner der Umsatz der preisgebundenen Waren verringert und dadurch das Brachliegen mensch-

licher Arbeitskräfte und technischer Einrichtungen verursacht werde.

Handelt es sich also um Markenartikel, die nicht für „breite Massen", sondern für kleinere Kreise von Personen bestimmt sind, deren Kaufkraft nicht oder nur verhältnismäßig wenig gelitten hat, so wird der Absatz des Markenartikels in keiner Weise leiden; die Interessenten kaufen ihn unerschüttert zum alten hohen Preise, ohne dadurch in Not zu geraten; die Produktion bleibt dieselbe, kein Arbeiter wird entlassen, keine Maschine steht still. Hier würde eine Senkung der Preise volkswirtschaftlich eher nachteilig sein insofern, als in kritischer Zeit dem Produzenten Einnahmen entzogen werden würden, die er zum Ausgleich von Verlusten und Belastungen privatrechtlicher und öffentlicher Art dringend braucht. Zu berücksichtigen ist ferner, daß z. B. in der chemischen Industrie die aus der erfolgreichen Produktion eines Erzeugnisses fließenden Einnahmen zum großen Teil zur Bestreitung des Aufwandes für neue Forschungen und der Entwicklungsarbeiten für neue Erzeugnisse verwendet werden — also für Zwecke, die mehr oder minder der Gesamtheit zugute kommen. Noch mehr können relativ hohe Preise für Luxus- und luxusähnliche Waren beim Handel eine gesunde Ausgleichsfunktion ausüben; die Erfahrung hat gezeigt, daß die Verdienstspanne namentlich des Einzelhändlers bei markenfreien Waren erheblich geringer ist als bei preisgebundenen Markenartikeln; durch Gewinne, die er beim Umsatz von Markenartikeln macht, wird der Kaufmann also in die Lage versetzt, bei anderen Waren, die er feilhält, mit oft sehr geringem Verdienst auszukommen; er kann die markenfreie Zigarette, die „anonyme" Seife, das selbsthergestellte (keineswegs schlechte) Mundwasser, er kann Zucker, Mehl, Lebens- und Genußmittel aller Art mit einem oft kaum noch errechenbaren „Verdienst" verkaufen, wenn zum Ausgleich dafür Liebhaber fertig verpackter und lockend aufgemachter, mit schönem Bild und Namen gekennzeichneter, genormter und getypter Artikel ihm einen relativ hohen Preis zahlen, um den sie nun einmal nicht feilschen können, weil er überall der gleiche ist; geht die Verdienstspanne bei Markenartikeln erheblich herunter, so ist bei Kaufleuten, die neben Markenartikeln in erheblichem Umfang auch markenfreie Waren feilhalten, die unausbleibliche Folge die, daß die Preise für markenfreie Waren erhöht werden müssen, wenn nicht die „Wirtschaftlichkeit" des Handels völlig aufhören soll. Diese

Ausgleichsfunktion der Markenpreise zugunsten der markenfreien Waren ist ein Moment, das bei der Beurteilung der Angemessenheit der Händler-Preisspanne und der Nützlichkeit oder Schädlichkeit der Preisbindung bei Markenartikeln nicht außer acht gelassen werden darf[27a]).

b) In der Regel wird daher ein unangemessen hoher Preis nur dann angreifbar sein, wenn durch besondere Umstände die darauf zielende Vereinbarung eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft in sich birgt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um Waren handelt, die der Konsument zur Befriedigung dringendster Lebensbedürfnisse unbedingt braucht[28]). Es ist bezeichnend, daß nicht einmal die Preistreibereiverordnung, die in Zeiten schlimmster Notlage dem Schutz der Gesamtwirtschaft galt, allgemein die unangemessene Hochhaltung der Warenpreise verbot, vielmehr nur bei „Gegenständen des täglichen Bedarfs". Um so weniger liegt heute Anlaß vor, irgendwie allgemein in Preisfestsetzungen einzugreifen. In der von der herrschenden Auffassung gebilligten Rechtsprechung wird demgemäß unterschieden zwischen Luxusartikeln und luxusähnlichen Waren einerseits und solchen Waren, die zur Befriedigung des notwendigsten Lebensbedarfs gehören; bei den erstgenannten Waren wird grundsätzlich der Standpunkt vertreten, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten oder eine Gefährdung von Gemeinwohl oder Gesamtwirtschaft nicht gegeben ist, auch wenn durch Gewährung unangemessenen Händlerrabatts oder sonstwie der Preis in ungewöhnlicher Höhe festgesetzt und künstlich hochgehalten wird; bei den übrigen Waren wird dagegen anerkannt, daß die Unangemessenheit des festgesetzten Preises einen Verstoß gegen die guten Sitten, auf jeden Fall aber eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls darstellen kann. Es dürfte allerdings praktisch nicht einfach sein, die Grenzen zwischen den beiden erwähnten Arten zu ziehen. Auch die Preistreibereiverordnung unterließ es, Anhaltspunkte für diese Unterscheidung zu geben. Der Kreis der Gegenstände des „täglichen Bedarfs" wurde in der Rechtsprechung allerdings außerordentlich weit gezogen. Auf

---

[27a]) Nach den neuesten Schätzungen des Instituts für Konjunkturforschung ist der Gesamtumsatz an preisgebundenen Waren auf etwa 6 Milliarden RM. jährlich, d. h. etwa 15—20 % des gesamten Einzelhandelsumsatzes zu beziffern.

[28]) Vgl. R. G. in M. u. W. VII 46 und die oben bereits zitierte Entsch. des K. G. in Kart. R. 1927, S. 119.

Grund dieser Rechtsprechung bezeichnete Alsberg[29]) als „Luxusgegenstände" die Waren, „die für die gewohnte Lebenshaltung weiterer Kreise keine soziale Notwendigkeit sind, deren Besitz vielmehr die materielle Lebensgestaltung auf eine Stufe hebt, die auffällig die allgemeine Lebenshaltung übersteigt. Luxus in der hier vorhandenen Bedeutung ist kein relativer Begriff, so daß man nicht bei den weniger Bemittelten gewisse Ausgaben als Luxus bezeichnen kann, die es bei den Wohlhabenden nicht sind. Es handelt sich nicht darum, ob der einzelne über seine Verhältnisse lebt, sondern darum, wie nach der gesamten Volkswirtschaft der Stand der Lebenshaltung großer Kreise tatsächlich ist". Wenn in der Rechtsprechung der Kreis derjenigen Gegenstände, die nicht als Luxusgegenstände behandelt, und für welche deshalb gesetzliche Preisbeschränkungen eingeführt wurden, sehr weit gezogen wurde, so war das aus Anlaß und Zweck dieses Sondergesetzes zu erklären; es verdankte seine Entstehung dem Umstande, daß in einer Notstandszeit, nämlich während des Krieges und der Nachkriegsjahre, insbesondere in der Inflation, eine außerordentliche Knappheit an Waren aller Art bestand, deren gleichmäßige Verteilung zu angemessenen Preisen nicht nur im Interesse jedes einzelnen Konsumenten, sondern im Interesse der Gesamtheit lag. Es sollte verhindert werden, daß durch den Notstand die Konsumenten zur Zahlung unangemessener Preise gezwungen wurden. Mit dem Wegfall des Notstandes, insbesondere des Warenmangels und der Warenknappheit, ist die Preistreibereiverordnung weggefallen, weil der Grund, die Allgemeinheit, insbesondere die Konsumenten, vor unangemessener Preisgestaltung in Schutz zu nehmen, nicht mehr bestand. Deshalb wurde späterhin der Kreis der von jeder Preiskontrolle freizuhaltenden Waren, mag man sie nun Luxuswaren oder luxusähnliche Waren nennen, ziemlich weit gezogen und wurden viele Gegenstände hierher gerechnet, welche nach der Preistreibereiverordnung, so wie sie von der Rechtsprechung ausgelegt wurde, als Gegenstände des täglichen Bedarfs angesehen wurden. Es haben z. B. eine Reihe von Gerichten Zigaretten als „entbehrliches Genußmittel" angesehen, so das Kammergericht im Urteil vom 13. 8. 1926[30]). In diesem Urteil führt das Kammergericht aus, daß die Verteuerung eines solchen Genußmittels

[29]) Preistreibereistrafrecht, S. 107.
[30]) Kart. R. 1927, S. 120.

nicht schädlich für die allgemeine Wirtschaft sei, eine Auffassung, die schon dadurch bestätigt werde, daß Zigaretten im Gegensatz zu unentbehrlichen Dingen des täglichen Lebens mit besonders hoher Steuer belegt werden. Ähnlich läßt sich das Kammergericht im Urteil vom 16. 6. 1926[31]) aus:

> „Der Annahme ungerechtfertigter Hochhaltung der Preise steht entgegen, daß Zigaretten nicht lebenswichtige Massenbedarfsartikel, sondern Waren sind, für die zwar großer Bedarf vorliegt, die aber doch den Luxusartikeln sehr nahe kommen."

Auch das Kartellgericht, das ja gerade als Schützer des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft anzusehen ist, macht in dem mehrfach erwähnten „Eisenhandelsurteil" einen Unterschied zwischen „Gegenständen des notwendigsten Wirtschaftsbedarfs" und „luxusähnlichen" Waren. Dem ist beizupflichten; soweit in dem Urteil etwa davon ausgegangen wird, daß a l l e Markenartikel luxusähnliche Waren seien, ist das allerdings nicht zutreffend. Als Markenartikel werden zahlreiche Lebensmittel, Wirtschaftsgegenstände und vor allem pharmazeutische Präparate hergestellt, denen sicher jede geringste Ähnlichkeit mit Luxusartikeln fehlt[32]). Erzeugnisse des Buchhandels sind nach der Auffassung des O. L. G. Karlsruhe (Urteil vom 13. 6. 1928) in ihrer überwiegenden Mehrheit nicht als Luxusgegenstände zu betrachten, sondern als Gegenstände des notwendigen Wirtschaftsbedarfs. Mit Recht bezweifelt Heß in Jur. Wochenschrift 1929 S. 2755 die Richtigkeit dieser allgemeinen Feststellung mit dem Hinweis auf die tausendfältige Erscheinungsform des Buches vom Luxusband bis zum Groschenheft. „Aber selbst beim Buch in seiner gewöhnlichen oder in der billigsten Erscheinungsform läßt sich die Eigenschaft als Gegenstand notwendigen Lebensbedarfs keineswegs generell feststellen. Es kommt immer auf das einzelne Buch an, wobei nicht verkannt werden soll, daß gewisse Gruppen in ihrer Gesamtheit lebensnotwendig sind, z. B. Schulbücher. Aber gerade bei diesen trifft die Auffassung des O. L. G. Karlsruhe, zu der es zu neigen scheint, nicht zu, daß das System zu einer künstlichen Preishöhe führe; denn bei ihnen ist der Zwischengewinn des Händlers so niedrig, daß auch bei Preisfreiheit keine niedrigere Preisbildung eintreten dürfte."

---

[31]) Kart. R. 1927, S. 119/20.
[32]) Vgl. Findeisen, a. a. O. S. 51.

c) Auch bei denjenigen Markenartikeln, die Gegenstände des notwendigsten Wirtschaftsbedarfs sind, braucht Unangemessenheit der Preisfestsetzung nicht unbedingt zur Annahme eines Sittenverstoßes oder einer Gefährdung des Gemeinwohls oder der Gesamtwirtschaft zu führen, nämlich dann nicht, wenn gleichwertiger Ersatz für die in Frage kommende Ware zu angemessenen Preisen erhältlich ist. Wenn z. B. eine Fabrik ein dem üblichen Konsum-Brot nach Material und Zubereitung im wesentlichen gleiches Gebäck herstellt, dasselbe in origineller Verpackung unter irgendeiner schön klingenden Bezeichnung etwa „Paradies-Brot", in den Handel bringt und den Preis doppelt so hoch bemißt wie den für gleichwertiges Konsum-Brot geltenden — dann wird dadurch weder die Gesamtwirtschaft noch das Gemeinwohl gefährdet, noch verstößt solche Preisfestsetzung gegen die guten Sitten, da ja für keinen Brotkonsumenten die allergeringste Notwendigkeit vorliegt, sich gerade ein solches „Marken-Brot" zu kaufen; wer es doch tut, der geht einer Liebhaberei nach, die derjenigen des Bibliophilen zu vergleichen ist, der sich statt einer „Konsum"-Ausgabe des Faust für 1 Mark, eine Liebhaberausgabe, auf Büttenpapier gedruckt und in feinstes Leder gebunden, für 200 Mark kauft. Von diesem Gesichtspunkt sind auch die am Anfang dieses Abschnitts auszugsweise wiedergegebenen Urteile ausgegangen, insbesondere auch das Kartellgericht in dem „Eisenhandelsurteil", in dem ausdrücklich betont ist, daß auch bei Gegenständen des notwendigsten Wirtschaftsbedarfs eine Beanstandung preisbeeinflussender Maßnahmen erst dann am Platze sei, wenn gleichwertiger Bezug aus anderen Quellen regelmäßig nicht möglich, vielmehr der Abnehmer ausschließlich auf einen bestimmten Hersteller angewiesen sei. Aus demselben Gesichtspunkt hat z. B. das Handelsgericht Wien[33]) gegenüber dem Einwand, der Preis für die Zahnpasta Kalodont sei übertrieben hoch, ausgeführt, Zahnpflege sei zwar kein Luxus, aber statt Kalodont könnten hierzu auch andere Mittel, z. B. Schlemmkreide benutzt werden, die überall zu billigen Preisen erhältlich seien; aus diesem Grunde hat das genannte Gericht entschieden, daß die Festsetzung eines unangemessenen Kleinverkaufspreises bei einer als Markenartikel hergestellten Zahnpasta nicht eine Gefährdung von Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft bedeutet. Die Erfahrung lehrt, daß für fast alle Marken-

[33]) Urteil vom 3. 9. 27, in Kart. R. 1928, S. 225.

artikel Konkurrenzfabrikate hergestellt werden, die einen billigen Ersatz bieten. Darauf weisen u. a. hin: Leander[34]), Recken[35]), Steindamm[36]), Isay[37]), Callmann[38]). Monopolgefahren liegen auch bei Dingen, welche ein dringendes wirtschaftliches Bedürfnis befriedigen sollen, nur dann vor, wenn es sich um ein auf die Materie des Artikels bezügliches objektiv bestehendes Monopol für den Konsumenten handelt, nicht aber dann, wenn die Monopolstellung im wesentlichen nur auf Bezeichnung oder Ausstattung der Ware sich bezieht, oder lediglich in der irrigen Vorstellung des Konsumenten besteht[39]).

> „Monopolherrschaft ist dort anzunehmen, wo der Käufer gezwungen ist, gerade die Ware eines bestimmten Herstellers von ihm oder den von ihm bezeichneten Stellen zu beziehen, wo also ein freier Markt nicht besteht[40])."

Auch diejenigen, die das System der gebundenen Preise bekämpfen, erkennen grundsätzlich die Vorzüge des Markenartikels für Produktion und Absatz an, halten es daher für wünschenswert, der Gesamtwirtschaft diese Vorzüge zu erhalten. Dann ist mit um so größerer Vorsicht zu prüfen, ob die erwünschten Vorzüge sich erhalten lassen werden, wenn der Verkauf zu einheitlichen Preisen unmöglich gemacht wird. Denn schließlich kann für den Verbraucher nicht der gebundene Preis als solcher die Ursache irgendwelcher Nachteile sein, sondern immer nur ein zu hoher Preis. Von dieser Basis aus geht man, wie an anderer Stelle erwähnt, neuerdings in Amerika an die Prüfung der Frage; offensichtlich zieht man dort also gerade die Möglichkeit in Betracht, das bis jetzt bestehende Verbot der Preisbindungen aufzuheben, wenn gleichzeitig Mittel geschaffen werden, Bindung an unbillig hohe Preise zu verhüten. Auch bei uns haben de lege ferenda neben denjenigen, die jede Preisbindung radikal ablehnen, wie z. B. Goldbaum, Deiters, v. Tyszka usw., und ein generelles gesetzliches Verbot der Preisbindung bei allen Markenartikeln verlangen, gemäßigte Gegner lediglich nach Schutzbestimmungen gegen

---

[34]) G. R. U. R. 1914, A. 110.
[35]) G. R. U. R. 1915, S. 26.
[36]) Kart. R. 1927, S. 170.
[37]) G. R. U. R. 1927, S. 104.
[38]) Kart. R. 1927, S. 548.
[39]) Vgl. Isay in G. R. U. R. 1927, S. 169 ff.
[40]) Callmann in Kart. R. 1927, S. 548.

zu hohe Markenpreise verlangt, von ihnen ist u. a. vorgeschlagen worden, für preisgebundene Markenartikel eine Genehmigungspflicht oder zum mindesten eine obligatorische Vorentscheidung des Kartellgerichts über die Angemessenheit des festgesetzten Preises zu verlangen; diese Entscheidung bzw. die zu erteilende Genehmigung soll von einer Prüfung der Händlerspannen abhängig gemacht werden[41]). Gegen die gesetzliche Einführung einer Genehmigungspflicht sprechen aber, wie im Magazin der Wirtschaft 1929 S. 608 zutreffend ausgeführt ist, die Erfahrungen, die in der Kriegswirtschaft und bei den noch bestehenden zwangswirtschaftlichen Organisationen gemacht worden sind. „Es hat sich immer wieder gezeigt, wie mißlich es ist, einer Körperschaft oder einer Behörde die Preisprüfung zu überlassen. Die Genehmigungspflicht hätte zudem noch den Nachteil, wie eine Privilegierung der vorhandenen Marken zu wirken; die kostspielige Einführung neuer Marken wäre jedenfalls bei gesenkten Rabattsätzen außerordentlich erschwert.

III. Falls das Preissystem eines Markenartikelfabrikanten die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdet, kommt nach dem solange geltenden Recht auf die einzelnen Reversverträge oder auf deren Gesamtheit § 138 BGB. oder § 10 Kart.-Vdg. zur Anwendung. Es soll hier zunächst von diesem Stand der Gesetzgebung ausgegangen und erst im Anschluß daran die durch die Notverordnung geschaffene neue Rechtslage erörtert werden.

1. Auf die Verschiedenartigkeit von Zweck und Wirkung des § 138 BGB. und des § 10 Kart.-Vdg. ist bereits früher hingewiesen worden. Hier sei nur noch hervorgehoben, daß der einzelne Vertrag unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles gegen die guten Sitten verstoßen kann, ohne daß doch eine Gefährdung des Gemeinwohls oder der Gesamtwirtschaft vorzuliegen braucht. Alsdann ist der einzelne Vertrag nichtig. Liegt gleichzeitig in dem Vertragssystem eine Gefährdung der angegebenen Art, insbesondere wenn es sich um lebensnotwendige Dinge, z. B. Arzneimittel oder um ähnliche unersetzbare Dinge handelt, dann ist die Möglichkeit eines Eingreifens des Kartellgerichts nach § 10 Kart.-Vdg. auf Antrag des Reichswirtschaftsministers gegeben. Es fragt sich, welches die materiell-rechtlichen und prozessualen Wirkungen sind, wenn im konkreten Fall die

---

[41]) Vgl. Alexander-Katz, a. a. O.

Voraussetzungen für beide Gesetzesbestimmungen vorliegen.

a) Ist in einem solchen Falle die Anwendung des § 10 Kart.-Vdg. ausgeschlossen, weil die betroffenen Verträge schon nach § 138 BGB. nichtig sind?

Die Ansichten hierüber gehen auseinander. Goldbaum[42]) ist der Ansicht, daß § 10 einen wirksamen Vertrag voraussetzte, da man von einem nichtigen Vertrag nicht zurücktreten könne. Dieselbe Ansicht vertreten Lehnich-Fischer (Kom. S. 239); sie sprechen dem Kartellgericht die Ermächtigung zu einer Entscheidung nach § 10 ab, wenn dasselbe zu der Feststellung kommt, daß die Verträge von vornherein nach § 138 nichtig sind. Im Gegensatz hierzu wird von Haussmann-Holländer (Kom. S. 103) die Auffassung vertreten, daß das Kartellgericht den nach § 10 gestellten Antrag des Reichswirtschaftsministers nicht zurückweisen könne, auch wenn es der Überzeugung ist, daß die beanstandeten Verträge bereits aus privatrechtlichen Gründen nichtig sind. Dieselbe Ansicht wird von Isay-Tschierschky (Kom. S. 338) vertreten; das Kartellgericht hat sich, wie Isay zutreffend ausführt, mit den Verträgen im einzelnen nicht zu befassen und hat deshalb ihre zivilrechtliche Gültigkeit nicht zu prüfen; es hat sich vielmehr lediglich über die Zulässigkeit der beanstandeten Geschäftsbedingungen im allgemeinen, insbesondere darüber auszusprechen, ob die eine oder andere dieser Bedingungen generell geeignet ist, das Gemeinwohl oder die Gesamtwirtschaft zu gefährden. Dieser Ansicht wird mit Rücksicht auf den besonderen Zweck der Kart.-Vdg. beizutreten sein. Das Kartellgericht kann es also stets auf sich beruhen lassen, ob der einzelne Vertrag nach § 138 nichtig ist; auch wenn es dies annimmt, ist es im öffentlichen Interesse gezwungen, klarzustellen, daß bestimmte diesem Vertrag und anderen Verträgen zugrunde liegende Geschäftsbedingungen den Voraussetzungen des § 10 Kart.-Vdg. entsprechen. Durch einen solchen Ausspruch wird aber andererseits nicht etwa zum Ausdruck gebracht, daß der Vertrag zivilrechtlich an sich wirksam sei[43]).

b) Wenn in einem Verfahren vor einem ordentlichen Gericht der Einwand der Nichtigkeit eines Vertrages darauf gestützt wird, daß mit Rücksicht auf den von dem Fabrikanten festgesetzten Preis ein Reversvertrag das Gemein-

---

[42]) Komm. zur Kart.-Vdg., S. 166.
[43]) Vgl. Goldbaum Kom., S. 166.

wohl oder die Gesamtwirtschaft schädige, so ist, falls das Kartellgericht gemäß § 10 eine dahingehende Feststellung bereits getroffen hat, das ordentliche Gericht an dieselbe gebunden. Eine andere Frage ist, ob das ordentliche Gericht daraus ohne weiteres die Nichtigkeit eines der betroffenen Verträge herleiten muß: dazu liegt kein gesetzlicher Zwang vor, da sich aus der vom Kartellgericht festgestellten Voraussetzung begrifflich nicht notwendig die Nichtigkeit des einzelnen Vertrages zu ergeben braucht[44]). Wenn dagegen eine Entscheidung des Kartellgerichts nicht vorliegt, ist das ordentliche Gericht nicht gehindert, von sich aus selbständig zu prüfen und zu entscheiden, ob die behauptete Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls vorliegt[45]). Das ordentliche Gericht braucht insbesondere den Rechtsstreit nicht nach § 12 Abs. 3 der Kart.-Vdg. auszusetzen. (Vgl. Isay-Tschierschky Anm. 12 zu § 12.)

Die ordentlichen Gerichte, von denen eine Feststellung über die Angemessenheit von Markenartikelpreisen verlangt worden ist, haben in verschiedenen Fällen das Vorliegen einer unangemessenen Hochhaltung der Preise ohne weitere Nachprüfung einfach deshalb in Abrede gestellt, weil der Reichswirtschaftsminister dieserhalb eine Entscheidung des Kartellgerichts nach § 10 nicht herbeigeführt habe. So heißt es in dem Urteil des Kammergerichts vom 6. 7. 1927 (Kart.-Rundsch. 1928 S. 296):

> „Wäre das Verhalten der Markenartikelfabrikanten derart, daß sie durch Festsetzung von Groß- und Kleinhandelspreisen nur die Ware unangemessen im Preis hochhalten, so wäre nicht einzusehen, warum das Reichswirtschaftsministerium nicht eingreift. Dieses passive Verhalten läßt schon erkennen, daß das Ministerium aus dem gleichen Grunde wie die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte in den Vereinbarungen über Groß- und Kleinhandelspreise nichts Verwerfliches erblickt, insbesondere auch nichts, was die Preise unangemessen hochhält."

Dem stimmt Pinzger (a. a. O. S. 346) bei; es sei, so führt er aus, nicht leicht, den Beweis zu erbringen, daß durch die von einem Fabrikanten getroffene Festsetzung die Kleinverkaufspreise in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise gesteigert oder hochgehalten werden; deshalb würden

---

[44]) Vgl. Isay-Tschierschky, a. a. O. S. 354.
[45]) Vgl. Pinzger, Kart. R. 1928, S. 346.

die ordentlichen Gerichte nur in krassen Fällen zu einer positiven Feststellung dieser Art veranlaßt sein; man werde sich wohl mit Recht immer fragen müssen, warum denn der Reichswirtschaftsminister nicht gemäß § 10 Kart.-Vdg. eingegriffen habe; man werde also annehmen dürfen, daß der Reichswirtschaftsminister eine Gefährdung der Gesamtheit nicht annehme oder daß das Kartellgericht die beantragte Feststellung abgelehnt habe; es könne nur gebilligt werden, daß die ordentlichen Gerichte bisher regelmäßig über den Einwand eines sittenwidrigen Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung hinweggegangen seien, weil sie auf die Frage, warum nicht nach § 10 der Kart.-Vdg. vorgegangen wäre, niemals eine befriedigende Antwort erhalten haben. Dieser Auffassung wird man sich nicht ausnahmslos anschließen können, da es immerhin Fälle von gesamtwirtschaftlich schädigenden Preisbindungen geben kann, von denen der Reichswirtschaftsminister keine Kenntnis erlangt hat[46]). Grundsätzlich ist aber die vom Kammergericht vertretene Entscheidung wohl zutreffend und auch praktisch, insofern als bei Befolgung derselben vermieden wird, daß verschiedene ordentliche Gerichte über die Frage der Angemessenheit des Kleinverkaufspreises für einen bestimmten Markenartikel zu verschiedenen Entscheidungen kommen und dadurch bei den Beteiligten Verwirrung hervorrufen; gerade bei Markenartikeln ist es unbedingt erforderlich, daß die Frage, ob der einheitlich festgesetzte Preis verbindlich ist oder nicht, in allen darüber schwebenden Prozessen einheitlich beantwortet wird.

c) Die Wirkungen des § 138 BGB. und des § 10 Kart.-Vdg. sind durchaus verschieden. Während nach § 138 der Vertrag ohne weiteres nichtig ist, äußert § 10 Kart.-Vdg. überhaupt keine unmittelbaren Rechtswirkungen bezüglich bestehender Verträge; es ist vielmehr nur die Möglichkeit geschaffen worden, daß das Kartellgericht auf Grund eines Antrages des Ministers bekanntgibt, daß die benachteiligten Vertragsteile zurücktreten dürfen; es wird also auf diese Weise erst ein Rücktrittsrecht geschaffen, und zwar nicht allgemein, sondern nur zugunsten derjenigen Vertragsgegner des Fabrikanten, welche durch die beanstandeten Geschäftsbedingungen „benachteiligt“ sind. Hierin liegt die Schwäche dieser Bestimmung, wenn man an das Interesse der Allgemeinheit insbesondere des Konsu-

[46]) Vgl. auch Tschierschky in Kart. R. 1929, S. 92, 93.

menten denkt; denn dieses Interesse deckt sich keineswegs ohne weiteres mit demjenigen des Händlers; gerade bei Markenartikeln zeigt sich dieser Gegensatz in besonderer Weise, da, wie mehrfach erörtert, der Händler ein besonderes Interesse an Einhaltung der Kleinverkaufspreise hat, die ihm einen hohen Händlerrabatt ermöglichen. Während also die Konsumenten durch die beanstandeten Geschäftsbedingungen, nämlich die Einhaltung des Kleinverkaufspreises, in einer das Kartellgericht zum Eingreifen veranlassenden Weise benachteiligt werden, haben diese Bedingungen nicht eine Benachteiligung, sondern gerade einen Vorteil der Händler zur Folge; infolgedessen wird es in der Regel an der in § 10 vorgesehenen Voraussetzung für die Ausübung des Rücktritts von den bestehenden Verträgen und für das Eintreten der Nichtigkeit künftiger Verträge fehlen, die unter den beanstandeten Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden. Inwiefern die Gewährung des Rücktrittsrechts auf die Rechtsstellung der durch Reverse nicht gebundenen Kleinhändler wirkt, ist an anderer Stelle zu erörtern.

Hier ist nur noch darauf hinzuweisen, daß der nach § 10 für zulässig erklärte Rücktritt nicht notwendigerweise den Vertrag in seiner Gesamtheit zu berühren braucht, sondern nach § 10 Abs. 1 Satz 2 eventuell nur die besondere Preisvereinbarung; dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne diese Preisvereinbarung, d. h. also ohne die Bindung an den festgesetzten Preis abgeschlossen wäre. Das wird bei Markenartikeln aber grundsätzlich nicht anzunehmen sein. Der Fabrikant wird zwar unter Umständen mit einer Herabsetzung des Kleinverkaufspreises einverstanden sein, nicht aber mit der für seinen Betrieb grundlegenden Geschäftsbedingung, der die Einheitlichkeit des Preises garantierenden Preisgebundenheit.

2. Die Notverordnung vom 26. 7. 30 greift nicht in alle Gebiete des Kartellrechts ein; sie richtet sich vielmehr lediglich gegen diejenigen kartellmäßigen Maßnahmen, welche zur Hochhaltung der Preise führen. Sie richtet sich gegen dahinzielende Verträge und Beschlüsse der im § 1 Kart.-Vdg. bezeichneten Art; wie bereits an anderer Stelle angegeben ist, haben aber im Bereich der Notverordnung als Verträge im Sinne des § 1 Kart.-Vdg. auch die einzelnen Reversverträge zu gelten, die zwischen einem Markenartikelfabrikanten und seinen Abnehmern geschlossen sind. Die Not-

verordnung wendet sich ferner auch gegen Anwendung von Geschäftsbedingungen der Markenartikelfabrikanten, durch die „Jemanden" in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder der Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränken. Alle Bestimmungen der Notverordnung kommen aber nur dann zur Anwendung, wenn „die Wirtschaftlichkeit der Erzeugung oder des Verkehrs mit Waren oder Leistungen beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt wird". Im wesentlichen ist das eine allgemeinere Fassung der in § 4 Abs. 2 Kart.-Vdg. gegebenen Beispiele für Gefährdung der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls; eine solche Gefährdung soll nach § 4 dann vorliegen, wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, oder die Preise gesteigert oder hochgehalten werden. Die Fassung der Notverordnung geht insofern weiter, als sie die Feststellung genügen läßt, daß die „Wirtschaftlichkeit" der Erzeugung oder des Handels beeinträchtigt wird; das kann der Fall sein, ohne daß davon die Gesamtwirtschaft beeinträchtigt wird; die Notverordnung will offenbar nur solche Preisbindungen als billigenswert ansehen, die durch das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit geboten sind.

Die Notverordnung setzt an Stelle der in der Kart.-Vdg. vorgesehenen Anordnungen des Kartellgerichts, also an Stelle gerichtlicher Anordnungen, Maßnahmen der Verwaltung, nämlich der Reichsregierung bzw. des Reichsarbeits- oder Reichsernährungsministers; zwar muß auch nach der Kart.-Vdg. die Initiative für die von ihr vorgesehenen Anordnungen des Kartellgerichts vom Reichsarbeitsminister ausgehen; aber sein Antrag ist für das Kartellgericht nicht bindend.

Während die in § 10 Kart.-Vdg. vorgesehene Anordnung des Kartellgerichts den „benachteiligten Vertragsteilen" ein Rücktrittsrecht einräumt, kann nach der Notverordnung die Reichsregierung anordnen, daß „Parteien" von Verträgen der hier fraglichen Art zurücktreten können; es kommt also nicht auf den Nachweis an, daß die zurücktretende Partei „benachteiligt" ist.

Die Reichsregierung kann ferner auf Grund der Notverordnung — entsprechend dem § 4 Kart.-Vdg. — Reversverträge unter den schon angegebenen Voraussetzungen für nichtig erklären und Preisbindungen aller Art unter-

sagen; damit wird der Fortbestand von Preisbindungen nicht — wie bei § 10 — vom Belieben der Vertragsparteien abhängig gemacht, nämlich davon, ob sie von einem Rücktrittsrecht Gebrauch machen wollen. Das vorstehend Gesagte gilt nicht nur für Verträge im Rechtssinne, sondern auch für andere Mittel zur Erreichung des gleichen Zwecks, insbesondere gentlemen agreements, „Empfehlungen" oder Anwendung von wirtschaftlichem oder gesellschaftlichem Druck.

Für das Verhältnis zwischen § 138 BGB. und diesen Verwaltungsmaßnahmen gilt das oben für das Verhältnis zu § 10 Kart.-Vdg. Gesagte.

III. Der Rechtsschutz der Preisbindung.

1. Die rechtlichen Wirkungen der Preisbindung gegenüber den Vertragskontrahenten.

Wenn ein reversverpflichteter Abnehmer die Preisvereinbarung nicht einhält, indem er unter dem festgesetzten Preis verkauft, dann hat der Fabrikant auf Grund des Vertrages

a) die Klage auf Erfüllung (also auf Unterlassung der Preisunterbietung),

b) die Rechte aus § 326 BGB., also insbesondere auch das Recht zum Rücktritt; er kann, wenn er dieses Recht wählt, die noch nicht verkauften Exemplare seines Markenartikels zurückverlangen und kann auf diese Weise verhindern, daß sie ebenfalls verschleudert werden; handelt es sich um einen Kauf auf Abruf, so braucht er den noch nicht abgerufenen Teil des Abschlusses nicht zu erfüllen, verhindert also auch dadurch weiteres Schleudern. Liefert er — was in solchen Fällen die Regel sein wird — in Zukunft diesem Abnehmer nicht weiter, so entsteht für diesen eine tatsächliche Sperre, der gegenüber er grundsätzlich machtlos ist. Auf eine solche tatsächliche Sperre findet nicht etwa § 9 Kart.-Vdg. Anwendung. Denn es handelt sich hier ja nicht darum, daß andere Lieferanten verhindert werden sollen, dem reversuntreuen Händler zu liefern; vielmehr handelt es sich um weiter nichts als die — auf freier eigener Entschließung beruhende — Tatsache, daß ein Fabrikant einem bestimmten Kaufmann keine Waren liefert; dieser Entschluß steht ihm frei, soweit kein gesetzlicher Kontrahierungszwang besteht.

Wie das Verhalten des Händlers zu würdigen ist, wenn er sich gegen den Willen des Fabrikanten die gesperrte Markenware auf Umwegen verschafft, ist weiter unten zu erörtern.

c) Der Fabrikant hat gegenüber dem vertragsuntreuen Schleuderer eventuell Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Konventionalstrafe; diese ist, da die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, auch dann zu leisten, wenn die Zuwiderhandlung ohne Verschulden erfolgt (§ 339, II BGB.).

Blum[47]) nimmt an, daß dies Ergebnis nicht dem Vertragswillen der Partei entspreche, man werde vielmehr annehmen müssen, daß die Vertragsstrafe nur im Falle schuldhafter Zuwiderhandlung fällig werden solle; das ist eine Vertragsauslegung, die Flechtheim[48]) bei Kartellverträgen als Regel hinstellt. Für die hier fraglichen Fälle wird es aber auf Auslegung des einzelnen Vertrages ankommen.

Wenn nicht der erste, sondern der nächste Erwerber, der die Ware von dem ersten zu Zwecken des Wiederverkaufs erlangt hat, also in der Regel der Kleinhändler, die Ware unter dem festgesetzten Preis verkauft, verletzt er in gleicher Weise seine Vertragspflicht; es fragt sich nur: wem gegenüber? Er hat die Waren nicht vom Fabrikanten, sondern vom Zwischenhändler erworben, mit diesem auch den Kaufvertrag geschlossen. Stellt sich die Preisabrede als Bestandteil dieses Kaufvertrages dar, ohne daß darin für den Fabrikanten ein unmittelbares Recht begründet wird, dann hat dieser allerdings keinen eigenen Vertragsanspruch gegen den Kleinhändler; solche Ansprüche hat dann nur der Zwischenhändler; ob dieser zu ihrer Geltendmachung, insbesondere zur Erhebung der Klage auf Unterlassung weiterer Preisunterbietung verpflichtet ist, hängt von dem Inhalt seines mit dem Fabrikanten geschlossenen Vertrages ab. Ergibt sich aus diesem eine solche Klausel nicht und will der Zwischenhändler nicht Klage erheben, dann wird in der Regel zum mindesten eine Verpflichtung des Zwischenhändlers, seine Vertragsansprüche an den Fabrikanten abzutreten, anzunehmen sein; denn die Vereinbarung, daß der Zwischenhändler verpflichtet ist, den Kleinhändler an einen bestimmten Preis zu binden, muß grundsätzlich dahin

[47]) „Zur Systematik der Reversverträge" in Kart. R. 1927, S. 389.

[48]) J. W. 1915, S. 373.

ausgelegt werden, daß der Zwischenhändler dem Fabrikanten wenigstens die rechtliche Möglichkeit verschaffen muß, die Preisvereinbarung gegen den Kleinhändler durchzusetzen; mit der bloßen Abrede ist dem Fabrikanten nicht geholfen. Als Wille des Vertragschließenden ist vernünftigerweise zu vermuten, daß der Fabrikant die Möglichkeit der Durchsetzung der Preisabrede in irgendeiner Weise erhalten soll.

In der Praxis gestaltet sich die Sache gewöhnlich so, daß der Zwischenhändler dem Fabrikanten einen formularmäßigen Verpflichtungsschein (Revers) unterzeichnet, der eine Klausel etwa folgenden Inhalts enthält:

> „Ich verpflichte mich der Firma X gegenüber, an Wiederverkäufer nur gegen einen gleichlautenden Verpflichtungsschein zu liefern."

Der Verpflichtungsschein, den der Kleinhändler zu unterzeichnen hat, ist ein dem vom Zwischenhändler unterzeichneten „gleichlautender" auch in dem Sinne, daß als Berechtigter der Fabrikant angegeben ist, also ihm gegenüber die Verpflichtung zur Einhaltung des festgesetzten Preises übernommen wird. Das jetzt geltende Formular des Markenschutzverbandes formuliert die Verpflichtung des Händlers dahin:

> „An Abnehmer und an Wiederverkäufer nur zu liefern, falls diese den vorliegenden Verpflichtungsschein unterzeichnen und mir zur Ablieferung an den Verband übergeben, diese unterzeichneten Scheine auch binnen vier Wochen dem Verband einzusenden."

Auf solche Weise werden direkte vertragliche Beziehungen nicht nur zwischen dem Fabrikanten und dem ersten Erwerber (der „zweiten Hand"), sondern auch mit den Händlern der weiteren Stufe bis zum letzten Verkäufer hergestellt, der die Ware an den Konsumenten abgibt.

Die von Reichel[49]) geäußerten Bedenken bezüglich der Stellung des Fabrikanten gegenüber den Reversverpflichteten sind also praktisch im wesentlichen bedeutungslos.

Es ist noch zu prüfen, ob der Kontrahent aus besonderen Gründen von seiner Pflicht, den Markenpreis einzuhalten, frei wird.

---

[49]) „Reverssystem und Außenseiter", in Arch. Ziv. Prax. 127, S. 285.

a) In erster Linie kommt das nach § 10 Kart.-Vdg. durch Ausspruch des Kartellgerichts und das nach Abschn. V § 1 Abs. 2 der Notverordnung durch Anordnung der Reichsregierung begründete Rücktrittsrecht in Betracht.

b) Der Umstand, daß der Fabrikant anderen Abnehmern den Markenartikel ohne Preisbindung oder unter Festsetzung eines niedrigeren Kleinverkaufspreises liefert. Alle Reversverträge müssen als unter der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen gelten, daß die Preisbindung bei allen Abnehmern die gleiche ist; durch Nichtsetzung oder Beseitigung dieser Bedingung nimmt der Hersteller der Preisvereinbarung ihre Wirksamkeit und gibt damit seinen Abnehmern Freiheit. Das Vorstehende muß auch dann gelten, wenn der Fabrikant, der seine Markenartikel den Großhändlern nur gegen Revers überläßt, daneben selbst detailliert und den von ihm direkt belieferten Kleinhändlern auf den festgesetzten Kleinhandelspreis Naturalrabatt in Waren gibt, damit also seine eigenen Preise, wenn auch nicht ziffernmäßig, so doch dem Wert nach, unterbietet. Der von Spier[50]) geäußerten Meinung, der Großhändler könne in einem solchen Falle nicht zurücktreten, da der Revers eine einseitige Verpflichtung für ihn darstelle, wird man nicht beipflichten können; der Inhalt des Reverses bildet einen Bestandteil des zwischen Fabrikanten und Grossisten geschlossenen Vertrages; und dieser Vertrag muß nach Treu und Glauben und gerade mit Rücksicht auf die bei Markenartikeln übliche allgemeine Preisbindung dahin ausgelegt werden, daß der Fabrikant seinerseits verpflichtet ist, alles zu unterlassen, was dem bei Markenartikeln üblichen Verkaufssystem widerspricht, insbesondere Freilassung anderer Abnehmer von der Preisbindung und eigenen direkten Verkauf an Verbraucher unter dem festgesetzten Kleinverkaufspreis[51]).

c) Notlage des Händlers, insbesondere Zahlungsstockung, die ihn zur schleunigen Abstoßung größerer Teile seiner Warenbestände zwingt, ist kein Befreiungsgrund. Reichel will hier eine Befreiung von der Bindung als gerechtfertigt zulassen. Begründung: es sei nicht einzusehen, warum solchenfalls der Reversschuldner erst Konkurs anmelden

---

[50]) „Markenartikel und lückenloses Reverssystem" in G. R. U. R. 1929, S. 657.

[51]) In diesem Sinne hat sich auch der Ob. Ger. Hof in Wien im Urteil vom 4. 4. 29 (abgedruckt in G. R. U. R. 1929, S. 950) ausgesprochen.

oder es zur Pfändung kommen lassen müßte, damit die Reversware um jeden Preis an den Mann gebracht werden könne. Das ist nicht stichhaltig; ein gesetzlicher Grund zum Rücktritt von einem Kaufvertrag oder zur Befreiung von einer einzelnen Bestimmung desselben wird durch Notlage des Käufers grundsätzlich nicht geschaffen; andererseits widerspräche es dem Wesen der Reversverträge, wenn man als Willen des Fabrikanten unterstellte, daß für den Fall einer Notlage der Käufer an den festgelegten Verkaufspreis nicht gebunden sein sollte. Das Kammergericht[52]) hat den Einwand der Notlage nicht anerkannt. Callmann[53]) lehnt ihn ebenfalls ab, „weil die Relativität dieses Begriffes dem Hersteller jede Nachprüfungsmöglichkeit nähme". Das bei der Industrie- und Handelskammer in Köln bestehende Einigungsamt in Sachen des unlauteren Wettbewerbes hat in einem Gutachten vom 9. 1. 1929 (abgedruckt in M. u. W. XXIX, Seite 110/111) sich ebenfalls für absolute Vertragstreue ausgesprochen; die reversmäßige Bindung gilt nach diesem Gutachten nicht nur im regulären Verkauf, sondern auch im Falle einer Ausverkaufsveranstaltung, sofern nicht der Hersteller des Markenartikels für solche Ausverkaufsfälle ausdrücklich Abweichungen von den sonst vorgesehenen Verkaufsbedingungen einräumt. Jacubowski[54]) macht im Anschluß an dieses Gutachten einen Unterschied zwischen Saison- und Inventurausverkäufen einerseits und eigentlichen Ausverkäufen (Total- oder Teilausverkäufen) andererseits. Bei der ersten Kategorie will er Preisnachlaß für Markenartikel ausschließen, da diese von Geschmack- und Modewechseln unabhängig zu sein pflegen, bei ihnen also kein Grund zu beschleunigter Abstoßung in bestimmten Zeiträumen vorliege; bei der zweiten Kategorie dagegen will er dem Einzelhandel auch bei Markenartikeln Gewährung von Preisnachlaß gestatten mit der Begründung, das Publikum sei, wenn Ausverkauf wegen Geschäftsaufgabe angekündigt werde, berechtigt, einen erheblichen Preisnachlaß bei allen Waren zu erwarten; Voraussetzung sei allerdings, daß der Kaufmann alles versucht habe, den Markenartikel auf andere Weise loszuwerden. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Ob das Publikum bei Ausverkäufen „erwarten" oder „beanspruchen" darf,

---

[52]) Urteil v. 6. 7. 27 in Kart. R. 1928, S. 297.
[53]) Anm. 142 zu § 1 U. W. G.
[54]) „Darf auf Markenartikel ein Preisnachlaß gewährt werden?" in M. u. W. XXIX, S. 213.

daß bei allen Artikeln ein erheblicher Preisnachlaß stattfindet, ist rechtlich belanglos; daraus ergibt sich kein Recht des Ausverkaufenden, seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Lieferanten zu verletzen. Wenn er das tut, tut er es nur im eigenen Interesse. Dieses hat aber, selbst wenn er sich in einer gewissen Zwangslage befindet, keinen Vorzug vor dem Interesse des Lieferanten.

d) Die Gefahr des Verderbens der Ware gibt dem Kontrahenten das Recht, die Ware unter dem Markenpreis zu verkaufen[55]). Das gleiche wird zu gelten haben, wenn die Ware bereits beschädigt ist. Callmann[56]) will in diesem Falle den Verkauf nur gestatten, wenn dem Käufer der Grund der Preisermäßigung ausdrücklich mitgeteilt wird und die beschädigte Ware mit Angabe des niedrigeren Preises von anderen Waren getrennt gehalten wird[57]). Auf jeden Fall kommt nur eine wirkliche, nicht aber eine nur scheinbare Beschädigung in Betracht, die der Händler vortäuscht, um dadurch gegenüber dem Hersteller und dem Kunden die Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Preises zu rechtfertigen. Derartiges geschieht häufig bei Büchern, denen auf diese Weise der „antiquarische" Anschein verliehen wird.

Wenn Markenartikel bei einem reversgebundenen Händler gepfändet werden, geht den Gerichtsvollzieher die Preisvereinbarung nichts an; die Sachen sind pfändbar, daher unterliegen sie der Zwangsvollstreckung; für die Versteigerung gilt der gesetzliche Grundsatz, daß die Sache dem Meistbietenden, ohne Rücksicht auf die absolute Höhe seines Gebots zuzusprechen ist (§§ 814 ff. ZPO.).

Im Falle eines Konkurses eines reversgebundenen Händlers braucht der Konkursverwalter die Preisbindung nicht zu beachten; dies ist zweifelsfrei, wenn man ihn mit der herrschenden Meinung nicht als Vertreter oder Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, sondern als amtliches Organ ansieht, das kraft eigenen Rechtes und im eigenen Namen handelt. Die zur Zeit der Konkurseröffnung im Besitz des Gemeinschuldners vorhandenen Markenartikel gehören, da sie pfändbar sind, zur Konkursmasse (§ 1 KO.). Nach § 117 KO. hat der Konkursverwalter die Masse zwecks Befriedigung der Gläubiger zu verwerten. Die zwischen

[55]) Vgl. Haußmann-Holländer, Komm. z. Kart.-Vdg., S. 93, Anm. 6 zu § 9.
[56]) a. a. O. Anm. 110 zu § 1 U. W. G.
[57]) Ebenso Leander, G. R. U. R. 1914, S. 112.

dem Hersteller der Markenartikel und dem Gemeinschuldner getroffene Preisvereinbarung begründet einen obligatorischen auf Unterlassung gerichteten Anspruch. Alle obligatorischen Ansprüche, gleich welchen Inhalt sie haben, sind Konkursforderungen; falls sie nicht auf Geldzahlung gerichtet sind, sind sie in eine Geldforderung umzuwandeln und mit einem bestimmten Schätzungswert als Konkursforderung geltend zu machen (§ 69 KO.). Der Markenartikelhersteller kann also vom Konkursverwalter nicht Naturalerfüllung der Preisvereinbarung, also nicht Unterlassung des Verkaufs zu Minderpreisen verlangen[58]). Geht man hiervon aus, so macht es keinen Unterschied, ob der Konkursverwalter die Artikel im Wege eines beschleunigten Konkursverkaufs veräußert oder in der Weise, daß er den Geschäftsbetrieb des Gemeinschuldners längere Zeit hindurch ordnungsmäßig fortführt. Der Unterschied, der in der Rechtsprechung des Kammergerichts zwischen beiden Arten der Veräußerung gemacht wird[59]), läßt sich nicht rechtfertigen[60]).

2. Die rechtlichen Grundlagen für den Schutz des Markenartikels gegenüber Dritten.

Daß die in Reversverträgen enthaltenen Vereinbarungen vertragliche Beziehungen des Fabrikanten mit anderen Personen als den Vertragsgegnern nicht erzeugen, ist eine Binsenwahrheit; ebenso auch daß durch solche Verträge nicht eine dingliche oder quasidingliche Verfügungsbeschränkung bezüglich der einzelnen Exemplare eines Markenartikels hervorgerufen wird. Das Schweizerische Bundesgericht[61]) und im Anschluß daran Reichel[62]) stellen daher etwas ganz Selbstverständliches fest, wenn sie sagen, die Preiseinhaltungspflicht hafte in solchen Fällen nicht „an der Ware", die Begründung beschränkter dinglicher Rechte, welche den Eigentümer zu einem Unterlassen verpflichten, sei gesetzlich nur an unbeweglichen Sachen zulässig. Aus demselben rechtlichen Gesichtspunkt will auch Wittgen-

[58]) Im Ergebnis hiermit übereinstimmend: KG. v. 15. 1. 27 in G. R. U. R. 1927, S. 196; KG. v. 9. 7. 27 in Kart. R. 1928, S. 155 und KG. v. 12. 6. 28 in Kart. R. 1928, S. 686 und O. L. G. Karlsruhe vom 14. 3. 14 in M. u. W. 14, 117 und v. 13. 6. 28 in Kart. R. 1928, S. 684, sowie überwiegend die einschlägige Literatur.

[59]) Vgl. z. B. Urt. v. 12. 6. 28.

[60]) Ebenso Rosen in G. R. U. R. 1928, S. 716.

[61]) Urt. vom 8. 11. 26 in Kart. R. 1927, S. 281.

[62]) a. a. O S. 257.

steiner[63]) die Unmöglichkeit dartun, „dem Fabrikanten über seine unmittelbaren Abnehmer hinaus für seine Ware noch einen quasidinglichen Schutz zu verleihen und die Ware auch in der Hand eines dritten — ungebundenen — Händlers noch mit einer quasidinglichen Weiterveräußerungsbelastung zu belegen". Demgegenüber weist Callmann[64]) mit Recht darauf hin, daß, wer das Verhältnis zwischen Fabrikanten und „ungebundenen" Händlern nur nach Gesichtspunkten des Vertragsrechts beurteilt, unmöglich zu einem rechtlichen Gesichtspunkt gelangen kann, der einen Schutz des Fabrikanten gegen Außenseiter rechtfertigen könnte.

Die in Rechtsprechung und Literatur herrschende[65]) Auffassung geht davon aus, daß grundsätzlich dem durch Revers nicht gebundenen Händler nicht verwehrt werden kann, Markenartikel unter dem vom Fabrikanten festgesetzten Preis zu verkaufen; der Verkauf dürfe nur nicht unter Umständen erfolgen, die ihn als eine gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlung im Sinne des § 1 UWG. erscheinen lassen. Als sittenwidrig wird es angesehen, wenn der vertraglich nicht gebundene Dritte, um die Waren verschleudern zu können, einen reversgebundenen Händler zum Vertragsbruch verleitet oder einen solchen Vertragsbruch ausnutzt oder wenn er die Ware auf Um- und Schleichwegen, insbesondere durch Einschieben von nicht reversgebundenen Strohmännern gegen den Willen des Herstellers sich verschafft; das die Sittenwidrigkeit begründende Verhalten wird ferner darin erblickt, daß der Dritte vor seinen redlichen Mitbewerbern einen durch nichts

---

[63]) Kart. R. 1927, S. 338.

[64]) a. a. O. Anm. 96 zu § 1.

[65]) Gegen die herrschende Meinung — allerdings mit zum Teil sehr verschiedener Begründung — haben sich ausgesprochen: Goldbaum in LZ. 1927, Seite 723, in G. R. U. R. 1927, Seite 781, und 1929, S. 301; Reichel, a. a. O. S. 257; Fluhme, a. a. O. S. 451 ff.; Wittgensteiner, a. a. O. S. 458 ff.; Tschierschky in Kart. R. 1929, S. 200; v. Tyszka im Hamburger Fremdenblatt Nr. 38 von 1929. Vgl. ferner die Zusammenstellung bei Friedländer in Jur. W. 1928, S. 2190. Die oft rein gefühlsmäßige oder auf rein wirtschaftlichen Erwägungen beruhende grundsätzliche Gegnerschaft wird in manchen Urteilen (z. B. des O. L. G. Karlsruhe vom 13. 6. 28) dadurch verdeckt, daß an den Beweis der „Lückenlosigkeit" des Reverssystems unerfüllbare Anforderungen gestellt werden und so die Schutzwürdigkeit des Markenpreises im konkreten Falle mangels der erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen abgelehnt wird — ein Verfahren, das sicher nicht nachahmenswert ist.

zu rechtfertigenden Vorsprung sich gerade durch Ausnutzung eines Vertragsbruchs verschafft, während jene sich an ihre Abmachungen mit dem Fabrikanten gebunden halten und deshalb zu höheren Preisen verkaufen müssen als der Schleuderer. Auf die Einzelheiten dieser Lehre einzugehen, ist hier nicht der Ort; ich verweise auf die außerordentlich übersichtliche Darstellung in dem Kommentar von Callmann (Anm. 93 bis 115 zu § 1), wo auch Literatur und Rechtsprechung zu den einzelnen Fragen erschöpfend angeführt sind. Im nachstehenden sollen gegen die oben wiedergegebene Betrachtungsweise Bedenken geltend gemacht werden, die zum Teil bereits von anderer Seite geäußert worden sind. Vorweg mag darauf hingewiesen werden, daß das Schleudern mit Markenartikeln einen Tatbestand darstellt, der zwei verschiedene Arten von Eingriffen in sich birgt:

a) Einen Eingriff in die Rechtssphäre eines einzelnen nämlich des Herstellers; dieser Eingriff hat Ähnlichkeit mit der Verletzung der besonderen gewerblichen Schutzrechte (Patent, Musterschutz, Warenzeichen) und der Betriebsgeheimnisse.

b) Eingriffe in die Rechtssphäre eines unbestimmten Personenkreises, nämlich der in concreto in Frage kommenden Wettbewerber.

Nur bei der zweiten Art handelt es sich um einen eigentlichen Wettbewerbsakt im Sinne des § 1 UWG. Aus § 13 ergibt sich dann allerdings für den Hersteller, obwohl er gar nicht als „Wettbewerber" in Frage steht, die Möglichkeit, gegen den Schleuderer auf Unterlassung zu klagen und auf diesem Umweg einen Schutz auch gegen Verletzung seiner Rechtsinteressen zu erlangen. Läßt sich ein Eingriff der zweiten Art nicht nachweisen, dann fehlt es an einer Voraussetzung des § 1; der Hersteller kann sich dann zur Abwehr der ihn treffenden Nachteile nicht der Unterlassungsklage des § 13 bedienen.

1. Allgemein anerkannt ist, daß ein Sittenverstoß nicht schon und nicht allein in dem Preisschleudern als solchem zu erblicken ist, daß es vielmehr grundsätzlich jedem Kaufmann freisteht, seine Verkaufspreise so niedrig zu stellen, wie er will. Nach der herrschenden Meinung wird Preisunterbietung zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung, wenn sie dadurch ermöglicht wird, daß der Unterbietende sich durch Ausnutzung eines Vertragsbruchs in den Besitz der Ware gesetzt hat; zwar ist Verleitung zum

Vertragsbruch oder Ausnutzung eines solchen nach der geltenden Auffassung nicht ohne weiteres sittenwidrig; aber die Verbindung des Preisschleuderns mit Vertragsbruch und die gleichzeitige Ausnutzung der Gebundenheit der Konkurrenten soll den Vorwurf der Unlauterkeit im Sinne des § 1 UWG. rechtfertigen.

Kohler (im Archiv für bürgerliches Recht, 1929, S. 151 ff.) hat dies Zurückgehen auf die der Preisunterbietung vorausliegenden Handlungen nicht gebilligt. Nach seiner Auffassung kommt es nicht darauf an, durch welche Mittel der Verkäufer sich in Stand gesetzt hat, und wodurch er sich die Möglichkeit verschafft hat, verlustlos einen billigeren Preis zu erzielen. Er hält es für unerheblich, ob jemand, der Waren billig verkauft, bei ihrer Herstellung Personal wucherisch ausnützt oder durch Ausbeutung der Notlage anderer sich billige Quellen verschafft hat oder wenn ihm durch irgendwelche Beeinflussung bei hoch und niedrig Wege geebnet worden sind, mehr oder minder gegen die Moral zu verstoßen. Nach Kohler macht es keinen rechtlichen Unterschied, in welcher Weise der Verkäufer in solchen Fällen die Früchte seines Tuns zieht, ob durch Preisschleuderei oder dadurch, daß er die allgemein üblichen Preise nimmt und sich den Übergewinn aneignet. Kohler's Einwand, der ähnlich auch von Reichel (a. a. O. S. 257), Fluhme (a. a. O. S. 452) und anderen erhoben wird, entbehrt nicht jeder Berechtigung. Will man jede Preisunterbietung als sittenwidrig bezeichnen, nur weil sie irgendwie durch eine strafbare oder gegen die guten Sitten verstoßende Handlung ermöglicht oder begünstigt wird, so ist es schwer, eine Grenze zu finden, bis zu welcher hinan man die Grundlagen der Preisunterbietung einer Prüfung und Wertung unterziehen darf. Von strafbaren Handlungen scheidet die herrschende Meinung gewöhnlich die bloßen Polizeidelikte und Verstöße gegen Ordnungsvorschriften aus; das ist aber nicht durchweg überzeugend; soll das Verhalten des Kaufmanns, der andauernd die Vorschriften über Ladenschluß und Sonntagsruhe übertritt und infolge des dadurch erzielten größeren Umsatzes billiger verkaufen kann als seine Wettbewerber, die sich an die gesetzlichen Bestimmungen halten, anders zu beurteilen sein, als das Verhalten desjenigen, der durch Ausnutzung eines Vertragsbruchs sich in den Stand setzt, seine Konkurrenten zu unterbieten? Macht es einen entscheidenden Unterschied aus, ob der Kaufmann eine — sozialpolitisch bedeutsame — Gewerbe-

polizeivorschrift oder fremdes Vertragsrecht verletzt? Wenn die pikante Inhaberin eines Frisiersalons deshalb, weil sie ihrem Vermieter und ihren Lieferanten oder deren Mittelspersonen in besonderer Weise „gefällig" ist und daraufhin sowohl Ladenmiete als auch Waren sehr billig erhält und dadurch in den Stand gesetzt wird, ihre Konkurrenten zu unterbieten — liegt dann eine gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlung vor? Und liegt der Fall anders, wenn die Inhaberin eines Bordells, z. B. Shaw's Frau Warren, die Erträge desselben ihrer Tochter zukommen läßt und sie dadurch in den Stand setzt, leistungsfähiger zu sein und billiger zu verkaufen als ihre Konkurrenten? Ist die Preisunterbietung da nicht auch zurückzuführen auf Ausnutzung eines unsittlichen Verhaltens, welches die Konkurrentinnen ihrerseits aus sittlichem Pflichtgefühl unterlassen? Die gleiche Frage ergibt sich, wenn ein Kaufmann Ware aus dem Auslande unter Benutzung eines gefälschten Passes oder unter Verletzung des Ausfuhrverbotes eines fremden Staates sich beschafft, oder wenn er fremdes, ihm anvertrautes oder von ihm eigenmächtig entnommenes Geld in einem Kasino aufs Spiel setzt und durch den mittels dieser Unterschlagung erzielten großen Gewinn leistungsfähiger wird und billiger verkaufen kann als seine Konkurrenten. Es würde eine Überspannung des Wettbewerbsschutzes sein, wollte man in derartigen Fällen den Konkurrenten das Recht geben, Unterlassung der Preisunterbietung zu verlangen. Wenn sie zur Begründung ihres Rechts sich darauf berufen, daß der Schleuderer seine Erfolge dem Umstand verdanke, daß sie selbst durch Reverse gebunden sind und sich an diese Bindung halten, so kann ihnen vielleicht entgegengehalten werden, daß es schließlich ihr freier Wille war, wenn sie die Freiheit der Preisbildung aufgaben und daß sie sich an ihren Lieferanten halten mögen, damit dieser entweder dem Schleuderer das Handwerk legt oder ihnen die Freiheit der Preisfestsetzung wiedergibt.

2. Preisschleudern mit Markenartikeln braucht keineswegs stets zur Schädigung von Konkurrenten zu führen. Wenn an einem kleinen abgelegenen Ort die einzigen beiden Kaufleute einer bestimmten Branche bestimmte Markenartikel, z. B. Zigaretten, die sie sich unter Ausnutzung des Vertragsbruchs eines Zwischenhändlers beschaffen und in gleicher Weise unter Preis verkaufen, um durch großen schnellen Umsatz Gewinn zu erzielen, dann

wird dadurch kein Konkurrent geschädigt und wird nicht die Vertragstreue eines Konkurrenten ausgenutzt. Infolgedessen käme nach der herrschenden Meinung § 1 UWG. nicht zur Anwendung. Zweifellos läge aber ein Eingriff in die Rechte des Herstellers vor; diesem bliebe höchstens die Berufung auf § 826 BGB., falls er nachweisen könnte, daß jene Händler mit dem Vorsatz ihn zu schädigen gehandelt haben, was sicher in solchem Falle nicht einmal zu vermuten ist.

3. Preisschleudern mit Markenartikeln braucht sich nicht notwendigerweise als Wettbewerbshandlung darzustellen. Wenn ein Kaufmann, der, ohne die Absicht damit zu schleudern, unter Verletzung eines Vertragsbruchs billig Markenartikel erworben hat, stirbt und wenn seine Erben zwecks Aufgabe des Geschäfts sämtliche Waren, also auch diese Markenartikel, weit unter Preis verkaufen, dann dürfte es am Wettbewerbszweck fehlen; es liegt den Erben ja nicht daran, andere Gewerbetreibende auszustechen; sie wollen vielmehr lediglich ihr Lager räumen, um so schnell wie möglich den ererbten Gewerbebetrieb einzustellen. Das gleiche gilt, wenn an einem Orte nur ein einziger Händler in einer bestimmten Branche existiert und wenn er Markenartikel, die er unter Ausnutzung von Vertragsbruch billig erhalten hat, unter Preis verkauft, um aus dem gesteigerten Umsatz Vorteile zu ziehen; dann fehlt in einem solchen Fall der Wettbewerbszweck, die Absicht der Schädigung von Konkurrenten — weil eben keine da sind.

In solchen Fällen könnte der Fabrikant, obwohl zweifellos in seine Rechtssphäre eingegriffen wird, sich nicht auf § 1 UWG. berufen.

4. Die herrschende Meinung (vgl. u. a. Callmann Anm. 103 zu § 1 und die dort zitierten Entscheidungen) stellt es als sozusagen selbstverständlich hin, daß der Preisschleuderer mit Markenartikeln auf eine Täuschung des Publikums hinarbeite, da er den Anschein erwecken wolle, als ob bei ihm alle Waren — sowohl Markenartikel, als auch markenfreie Waren billiger seien als bei anderen Kaufleuten, und als ob die reverstreuen Konkurrenten unangemessen hohe Preise verlangen.

Es mag zutreffen, daß manche Schleuderer derartige Täuschungen beabsichtigen. Aber man kann unmöglich eine solche Täuschungsabsicht als selbstverständlich unterstellen. Jedem Schleuderer liegt zunächst daran, bezüglich der geschleuderten Ware das Publikum nicht zu täuschen,

ihm vielmehr die Wahrheit zu sagen: nämlich, daß das Publikum genau denselben Artikel, für den anderswo z. B. 1 Mark zu zahlen ist, bei ihm für 90 Pf. erhält. Der nächstliegende Zweck — wenn der Händler nicht etwa unter dem Einkaufspreis verkauft — ist für ihn Hebung des Umsatzes gerade in diesem Artikel. Dieser Zweck ist notwendigerweise der einzige Zweck, wenn der Händler ausschließlich diesen einen Artikel feilhält; das ist z. B. bei vielen Straßenhändlern der Fall. Ebenso liegt ein anderer Zweck nicht vor, wenn der Schleuderer die genauen Preise seiner übrigen Artikel bekanntgibt, mögen diese nun mit denen der Konkurrenz übereinstimmen oder nicht. Es erfolgt dann keine Täuschung oder Irreführung des Publikums in dem oben angedeuteten Sinne.

Unlauterkeit des Schleuderers ist ferner mit der Begründung angenommen worden, daß der billigere Preis eine höhere Leistungsfähigkeit vorspiegele, während in Wirklichkeit nicht durch wahre, im Verhältnis zum Mitbewerber größere eigene Leistungsfähigkeit der Kampf um den Kunden entschieden werde, sondern nur durch die Vertragstreue der Mitbewerber[66]). Aber hier dürfte schon der Ausgangspunkt verfehlt sein: daß nämlich ein Wettbewerb dann unlauter sei, wenn nicht der Leistungsfähigere auch den größeren Erfolg erziele. Das ist eine Auffassung, für die der Geschäftsmann ebensowenig Verständnis haben dürfte, wie vergleichsweise der Sportsmann. Wie im sportlichen Wettkampf nicht selten der Bessere unterliegt, so hat auch im gewerblichen Wettkampf der Leistungsfähigere oft geringere Erfolge, ohne daß Unlauterkeit des weniger Leistungsfähigen die Ursache ist; die Ursache liegt dann in Umständen, die nichts mit der Leistungsfähigkeit der Konkurrenten im sachlichen Sinne zu tun haben, z. B. in der günstigeren Lage des Geschäfts, in persönlichen Beziehungen, in dem besonders gewinnenden und sympathischen Wesen des Konkurrenten und dergleichen. Solchen Umständen verdanken viele Gewerbetreibende ebenso wie wohl auch viele Ärzte, Anwälte und dergleichen Erfolge, die ganz außer Verhältnis zu ihrer „Leistungsfähigkeit" stehen. Der Vorwurf der Unlauterkeit kann also nicht darauf gegründet werden, daß nicht die wahre, größere eigene Leistungsfähigkeit den Kampf um den Kunden entscheiden soll; es

---

[66]) Vgl. Callmann, Anm. 50 zu § 1, Nipperdey, „Wettbewerb und Existenzvernichtung", S. 23.

hieße einen unsinnigen Grad von Altruismus voraussetzen, wenn man z. B. verlangte, ein Gewerbetreibender solle auf Ausnutzung seiner persönlichen Beziehungen verzichten, damit jedes andere Moment als die wahre eigene Leistungsfähigkeit aus dem Wettbewerb ausgeschaltet werde.

Im übrigen lehrt die Beobachtung des Lebens, daß in den seltensten Fällen der Schleuderer selbst durch Preisunterbietung den Anschein größerer Leistungsfähigkeit erwecken will; er gibt meist keine Gründe an oder er erwähnt „günstigen Einkauf" (was auch der Wahrheit entspricht) oder „geringe Geschäftsunkosten" (was auch meistens stimmt, da das Schleudern in der Regel von weniger bedeutenden Geschäften betrieben wird) oder er gibt an, daß er nicht durch Revers gebunden sei (auch das entspricht der Wahrheit); wenn er es aber selbst ausdrücklich behaupten sollte, so wird doch dem Straßenhändler und dem kleinen Händler in einer Nebengasse, die mit Markenzigaretten schleudern, niemand glauben, daß sie „leistungsfähiger" seien als große Spezialgeschäfte und Warenhäuser, in denen derselbe Markenartikel zum festgesetzten Preis feilgehalten wird. Im übrigen ist das Publikum in der Regel sich mit dem Schleuderer vollkommen darüber einig, daß es von ihm nicht wegen größerer Leistungsfähigkeit, sondern deshalb kauft, weil er billiger ist, ganz gleich, worauf das beruht.

5. Nach der herrschenden Auffassung gibt es, wie früher schon dargelegt, Fälle, in denen es zulässig ist, Markenartikel unter Preis zu verkaufen; das ist insbesondere der Fall, wenn sie in einer Zwangsversteigerung oder vom Konkursverwalter erworben werden. Konsequenterweise müßte auch demjenigen Händler, der solche Artikel unter Preis verkauft, der Vorwurf gemacht werden, daß er das Publikum in der vorstehend angegebenen Weise täusche und deswegen unlauter handle, zumal er ja ebenfalls seine Mitbewerber, die durch Reverse gebunden sind, durch Unterbieten schädigt. Diese Konsequenz wird aber von der herrschenden Meinung nicht gezogen. Das Ergebnis ist weder für den Fabrikanten noch für die Mitbewerber befriedigend, und zwar um so weniger, wenn in Zeiten wirtschaftlichen Niederganges große Mengen von Waren aus Konkursmassen auf den Markt kommen. Allerdings macht, wie schon erwähnt, die herrschende Meinung den Weiterverkauf solcher Waren unter dem regulären Preis davon abhängig, daß der Konkursverwalter die Waren versteigert oder im Ramsch oder sonstwie beschleunigt verkauft. Ab-

gesehen davon, daß es Grenzfälle gibt, in welchen es für den Außenstehenden schwer erkennbar ist, ob es sich um einen solchen Verkauf oder um eine Veräußerung im regulären Geschäftsgang handelt, wird auch ein billig und gerecht Denkender nicht ohne weiteres die Empfindung haben, daß das Handeln des Schleuderers in dem einen Falle wider die guten Sitten verstößt und nur im andern Falle als lauter bezeichnet werden darf.

Die vorstehenden Erörterungen verfolgen nicht den Zweck, das Preisschleudern, mag es nun als Benachteiligung der Mitbewerber oder des Herstellers oder aller Beteiligten in die Erscheinung treten, allgemein gegen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit in Schutz zu nehmen. Bezweckt ist vielmehr nur darzutun, daß die Begründung, mit welcher die herrschende Meinung das Preisschleudern als gegen die guten Sitten verstoßend hinstellt, keineswegs über alle Zweifel erhaben ist, und daß Tatbestände denkbar sind, und praktisch auch verwirklicht werden, bei denen der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegen den Preisschleuderer sich nicht rechtfertigen läßt, gleichwohl aber Handlungen vorliegen, die geeignet sind, die Grundlagen für die Produktion und den Absatz von Markenartikeln zu gefährden und zu erschüttern.

Im vorstehenden ist ferner zum Ausdruck gebracht worden, daß der aus § 1 UWG. hergeleitete Rechtsschutz eine Wettbewerbs-Handlung voraussetzt und daß als „Wettbewerber" des Handelnden lediglich die auf gleicher Wirtschaftsstufe stehenden Personen, also andere Händler anzusehen sind, nicht aber der Markenartikelfabrikant. Zwar gibt § 13, wenn eine Handlung nach § 1 vorliegt, auch dem Fabrikanten einen Unterlassungsanspruch; aber doch eigentlich nicht deshalb, weil in seine Rechtssphäre eingegriffen wurde, sondern nur um den Kreis derjenigen Personen zu erweitern, die gegen die Verletzer der guten Sitten die Popularklage erheben dürfen. Er hat die von ihm zu erhebende Klage also gar nicht darauf zu stützen, daß in seine Rechtssphäre eingegriffen worden sei, daß seine Interessen an einem in jeder Hinsicht von ihm geschaffenen Gut, nämlich dem Markenartikel, verletzt worden seien, daß dadurch er geschädigt worden sei und weitere Schädigungen zu befürchten habe; er kann die Klage nur darauf stützen, daß der Beklagte im Verhältnis zu den Wettbewerbern, also zu andern Händlern gegen die guten Sitten gehandelt habe. Wenn auch die Klagebefugnis

sich aus seiner Stellung als Hersteller des geschleuderten Artikels ergibt, so ist doch Klage*grund* nicht eine Verletzung *seines* Rechts oder *seines* Rechtsgutes und Klage*ziel* — wenigstens unmittelbar — nicht der Schutz *seiner* Rechtsstellung.

Der Rechtsschutz, der dem Markenartikelfabrikanten zuteil wird, steht also in zweifacher Beziehung auf unsicherer Grundlage:

a) insofern, als nicht Angriffe des Schleuderers gegen *ihn*, sondern nur solche gegen die andern Konkurrenten Klageanlaß bilden;
b) insofern, als solche Angriffe lediglich aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten berücksichtigt werden ohne Beziehung auf ein bestimmtes Recht oder Rechtsgut.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob für den Schutz der konkurrierenden Händler der von der herrschenden Meinung zugebilligte Rechtsschutz aus § 1 UWG. ausreicht. Hier soll die Frage erörtert werden, wie es mit dem Rechtsschutz des Markenartikel*fabrikanten* bestellt ist.

Zwar sind die ordentlichen Gerichte in Deutschland mit dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Preisschleudern bis jetzt nicht zurückhaltend gewesen[67]); aber der Umstand, daß der Rechtsschutz lediglich aus Sittenverstoß hergeleitet wird, birgt für die betroffenen Fabrikanten ein Moment der Unsicherheit in sich, das um so weniger erträglich ist, als die Markenartikelherstellung zahlreiche z .T. sehr bedeutende industrielle Betriebe beschäftigt. Der ihnen zuteil werdende Rechtsschutz erscheint als etwas Zufälliges, weil er nicht generell *aus dem Wesen des zu schützenden Gutes* und nicht aus seiner Verletzung oder Gefährdung, vielmehr aus einem gegnerischen Verhalten hergeleitet wird, dessen nach der heutigen Rechtsprechung maßgebende Kennzeichen von dem Gegner mit mehr oder weniger Erfolg geflissentlich unterdrückt werden und daher nicht immer beweisbar sind; es ergeben sich dann Fälle, wo zwar Verletzungen der berechtigten Interessen des Markenartikelfabrikanten evident sind, aber ein Rechtsschutz dagegen nicht zu erreichen ist. Es kommt hinzu, daß die Berufung auf Sittenwidrigkeit bestimmter Handlungen ein

[67]) Eine Ausnahme macht u. a. das O. L. G. Karlsruhe mit seinem Urteil v. 13. 6. 28; ebenso auch das Schweizer Bundesgericht vom 8. 11. 26 und vom 7. 3. 28 (Kart. R. 1927, S. 279 und 1928, S. 568).

irrationales Moment in sich birgt und daß der Verletzte daher ebensowenig wie der Handelnde mit einiger Gewißheit voraussehen kann, ob die in Frage kommenden Handlungen als sittenwidrig vom Gericht angesehen werden. Was der Gesetzgeber unter einem Verstoß gegen die guten Sitten verstanden wissen wollte, darüber ist im Schrifttum viel gestritten worden und wird auch heute noch gestritten[68]). Das Reichsgericht hat den Begriff umschrieben mit der Formel „Verletzung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden". Es ist mit Recht bezweifelt worden, ob dies die zutreffende, ob es überhaupt eine Interpretation des gesetzlichen Ausdrucks ist. Jedenfalls hat die Rechtspraxis die Umschreibung des Reichsgerichts akzeptiert mit der Wirkung, daß „nach dem schon bei den Postglossatoren bewährten Rezept nicht das Gesetz, sondern etwas anderes zu kommentieren[69])" von den Gerichten meist nur noch die Formel des Reichsgerichts und nicht die Formel des Gesetzes der Auslegung und eingehenden Erörterung unterzogen wird. Schon dadurch tritt mitunter unbemerkt eine Entfernung von der Stimme des Gesetzes ein.

Es soll hier jedoch nicht der ganze Fragenkomplex, der mit dem Begriff der guten Sitte zusammenhängt, erörtert werden; das würde über den Zweck dieser Abhandlung hinausgehen. Lediglich hingewiesen sei auf folgende Frage, die im Zusammenhang mit unserem Thema steht.

Ist für die guten Sitten als Maßstab stets die „Volksmoral", die Anschauung der „Allgemeinheit" zugrunde zu legen? oder findet auch die Standesmoral, die Klassenmoral Berücksichtigung? Kann gegen eine Handlung der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht erhoben werden, wenn sie den Auffassungen von Moral, von Sittlichkeit, Gerechtigkeit, Billigkeit und Anstand des Standes oder der Klasse entspricht, welcher der Handelnde angehört? Das neuere Schrifttum und die Rechtsprechung ist vielfach geneigt, der Standes- und Klassenmoral Anerkennung zu gewähren. Es sei nur der Entscheidungen gedacht, in welchen das Reichsgericht Abmachungen beim Verkauf einer ärztlichen Praxis, das Ausbedingen einer quota litis durch einen Rechtsanwalt als gegen die Standesmoral und daher gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet hat.

[68]) Vgl. aus letzter Zeit v. Godin, „Zu § 1 UWG. und § 826 BGB.", in M. u. W. XXX, S. 42; Baumbach, „Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht", in Jur. W. 1930, S. 1643.

[69]) Fischer, „Die Rechtswidrigkeit", S. 76.

Läßt man die Berücksichtigung der Standes- und Klassenmoral zu, dann erhebt sich die Frage, welche besonderen Kreise der Bevölkerung als Träger bestimmter Moralanschauungen zu berücksichtigen sind; ob lediglich Berufsstände (Beamte, Ärzte, Rechtsanwälte, Handwerker, Kaufleute) oder auch Wirtschaftsgruppen (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Produzenten, Konsumenten, Vermieter, Mieter usw.), politische Parteien und Religionsgemeinschaften. Eine Abgrenzung ist schwer abzusehen. Ich möchte hier nur auf die Äußerung von Örtmann in bezug auf die Beurteilung des Kampfes gegen Streikbrecher hinweisen: „Woher sollen wir das Recht und den Mut nehmen, eine Handlungsweise als unsittlich zu schelten, die von der nicht wegzudisputierenden Klassenmoral der numerisch stärksten Bevölkerungsschicht geradezu gefordert wird[70])?“

Für das Wettbewerbsrecht hat das Reichsgericht (48, 124) es nicht für ausgeschlossen bezeichnet, bei der Feststellung der guten Sitten auf die Sittenanschauung der „ehrbaren Kaufmannschaft“ Rücksicht zu nehmen. Im Schrifttum wird mehr oder weniger bestimmt die Ansicht vertreten, daß hier grundsätzlich die Standesauffassung maßgebend sei, da das Gesetz ja die Beziehungen zwischen Standesgenossen, nämlich konkurrierenden Gewerbetreibenden, regelt[71]). Danach würde also bei der Frage, ob und wieweit Preisschleudern sittenwidrig ist, die Auffassung des Standes maßgebend sein.

Da aber aus den Betätigungen des Handels die Verbraucher in besonderer Weise betroffen werden, so ist der Standesmoral der auf ihre Interessen bedachten Kaufmannschaft die Moral des „Standes“ der Verbraucher entgegengestellt worden, welche die Handlungen eines Gewerbetreibenden danach beurteilen, ab sie den Interessen der Verbraucherschaft unmittelbar nützen oder schaden. Als ein Fürsprecher dieser „Standesmoral“ ist Tschierschky aufgetreten. Er führt im Kart. R. 1929, S. 206 aus: „Einen solchen allgemeinen Widerspruch wird hingegen die Preisunterbietung niemals finden können. Denn man kann von den Drittbeteiligten, dem großen weitschichtigen Kreise der Verbraucher, nun doch wirklich nicht erwarten, geschweige denn verlangen, daß er ein wirtschaftliches Prinzip

---

[70]) Vgl. hierzu Nipperdey im Gutachten über die Haftung der Berufsvereine zum 34. Jur. Tag 1926, S. 443.

— die Preiskonkurrenz — das ihn allein vor einseitiger Ausbeutung durch die organisierten Hersteller und Verkäufer schützen kann, als seinem Anstandsgefühl widersprechend zurückweisen soll . . ."

Diese Auffassung läuft schließlich auf die von Goldbaum mehrfach vertretene und ziemlich allgemein abgelehnte Auffassung hinaus, daß eine Wettbewerbshandlung nicht gegen die guten Sitten verstoße, wenn die „Allgemeinheit" davon Nutzen habe; denn unter „Allgemeinheit" versteht Goldbaum offensichtlich auch nur die Verbraucher als solche.

Lehnt man die Berücksichtigung der Standes- und Klassenmoral als Maßstab für die guten Sitten ab, dann ist es wiederum nicht leicht, den Inhalt der Volksmoral, der sittlichen Anschauung der Allgemeinheit über bestimmte Handlungen zu einer bestimmten Zeit zu ermitteln. Mit Rücksicht auf diese Schwierigkeiten waren die Bestimmungen des BGB. und UWG. über Verstoß gegen die guten Sitten, wie die Entstehungsgeschichte dieser Gesetze lehrt, ursprünglich als Vorschriften gedacht, die nur im äußersten Fall zur Anwendung gebracht werden sollten, ähnlich den Vorschriften über Treu und Glauben. „Königliche Paragraphen" nannte sie Hedemann. Aber diese Bestimmungen haben in der Praxis eine ganz andere Bedeutung gewonnen. „Aus seltenem letzten Schutz" sind sie, wie Hedemann in seinem Rückblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts ausführt, „in die flache Alltäglichkeit hinabgestiegen[72])". Die Unterstellung unter den Begriff der Sittenwidrigkeit ist für die Rechtsprechung das Mittel gewesen, um im großen Umfang Rechtsschutz gegen Störungen und Schädigungen zu gewähren, wo nach dem Gesetz keine anderen Schutzmöglichkeiten vorhanden zu sein schienen. Bestimmte Tatsachenkomplexe wie z. B. Ausbeutung fremder Arbeit, Abspenstigmachen von Angestellten, Verwendung von Lockmitteln, insbesondere aber auch die hier erörterte Preisschleuderei mit Markenartikeln wurden auf diese Weise rechtlich erfaßt. Die Schutzgewährung erfolgte, je häufiger sie erfolgte, um so schablonenhafter. Sobald einer der „genormten" Tatbestände vorlag, wurde die

---

[71]) Vgl. u. a. Lobe, „Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung", S. 8; Becher a. a. O. S. 17; Baumbach, „Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht", in Jur. W. 1930, S. 1645.

[72]) Hedemann, „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht", S. 349.

Unterlassungsklage aus § 826 BGB. und später aus § 1 UWG. gewährt, die Vorstellung einer Sittenwidrigkeit trat hinter der Schablone der Praxis zurück; die Gerichte verloren mitunter die lebendige Vorstellung von der Bedeutung, welche die Feststellung eines Sittenverstoßes für den Betroffenen haben könnte und müßte. Die Herleitung des Rechtsschutzes aus einer Handlungsweise, die durch ihre Bezeichnung die Verknüpfung mit den höchsten ethischen Werten andeutet, führte durch massenhafte schablonenhafte Anwendung zur Profanation eben jener Werte. „Was in die Räder des Alltags gerät, kann nicht mehr heilig bleiben; was täglich in allen Urteilen ausgerufen wird, verliert an Klang[73])."

Während so in den Gerichtsurteilen der verblaßte Ausdruck alltäglich angewendet wird, empfindet der einzelne es schwer, wenn sein Handeln als Verletzung der guten Sitten und des Anstandes aller billig und gerecht Denkenden gebrandmarkt wird, und sträubt sich gegen einen solchen Vorwurf, selbst wenn er die Möglichkeit zugibt, daß seine Handlung vielleicht aus dem Rahmen dessen fällt, was im Geschäftsleben und im Wettbewerb üblich und zulässig ist[74]). Diese Beobachtung hat dazu geführt, daß die Entwicklung der Rechtsprechung gerade auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts im neuen Schrifttum Gegenstand vielfacher Erörterung geworden ist. Man hat sozusagen einmal eine Bilanz der Firma „Sittenverstoß" aufgemacht und dabei festgestellt, daß zahlreiche Positionen dieser Firma zu Unrecht gutgeschrieben sind; man ist zu der Ansicht gelangt, daß die Tatbestände, in welchen die Rechtsprechung Handlungen erblickt, die gegen die guten Sitten verstoßen, zwar eines Rechtsschutzes bedürfen, daß diese Handlungen „unzulässig" und daher zu unterdrücken seien. Aber man hat andererseits bei einem Teil dieser Handlungen festgestellt, daß bei ihnen das Moment der Unsittlichkeit und der Unlauterkeit im eigentlichen Sinne fehle; daß solche Handlungen zwar gegen die Ordnung des geschäftlichen Lebens verstoßen[75]), keineswegs aber unlauter seien, daß sie zwar der Billigkeit, aber nicht der Sittlichkeit widersprechen[76]); daß es sich um Fälle widerrechtlichen Wettbewerbs

---

[73]) Hedemann, a. a. O. S. 349.
[74]) Weisbart, Festschrift der Industrie- und Handelskammer Berlin, S. 37/38.
[75]) Weisbart, a. a. O. S. 40. Becher, Anm. 10 zu § 1 UWG.
[76]) Mittelstädt, in G. R. U. R. 1929, S. 206.

handle, für welche man zwar eine „kurze zusammenfassende Formel" brauche, als welche aber der Ausdruck „Verstoß gegen die guten Sitten" nicht geeignet sei, weil dadurch der vom Urteil Betroffene herabgewürdigt werde[77]). Rosenthal (Jur. Wochenschrift 27 S. 1995) will von dem Gebiet der fraglos sittenwidrigen Handlungen eine gewissermaßen neutrale Zone abgrenzen, in welche die „moralisch einwandfreien" Fälle objektiv rechtswidrigen Wettbewerbs hingehören.

Die Konsequenz dieser Kritik ist die gewesen, den — an sich als unbedingt notwendig betrachteten — Rechtsschutz gegen die von der Rechtsprechung unter § 1 UWG. gebrachten Handlungen in anderer Weise zu rechtfertigen. Für diesen Zweck wurde einmal die quasi-negatorische und die quasi-deliktische Unterlassungsklage herangezogen, die ihre praktische Bedeutung in den Fällen erweisen mußte, in denen die Anwendung des § 1 UWG. zweifelhaft erschien. Noch radikaler ist Baumbach dem Verstoß gegen die guten Sitten zu Leibe gegangen; er spricht in seinem Kommentar (S. 159) von einer „unseligen, verderblichen, unaufrichtigen Quälerei mit der Sittenwidrigkeit; dieser Brandmarkung anständiger Menschen mit einem sittlichen Makel, die nur den Erfolg haben kann, das sittliche Empfinden zu schwächen"; von dem „Unfug, der mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit in der jetzigen Praxis betrieben wird" (S. 134). Und an anderer Stelle[78]) sagt er von der Sittenwidrigkeit, sie habe sich im neueren deutschen Recht „allmählich zu einer Wucherpflanze ausgewachsen, die ringsum den Boden aussaugt und den Garten des Rechts zu veröden droht". Da Baumbach davon ausgeht, daß das durch das Wettbewerbsrecht geschützte Rechtsgut das Recht am Gewerbebetrieb ist, hält er den § 823 in Verbindung mit § 1004 bei richtiger Handhabung für genügend zur Gewährung fast des vollständigen zivilrechtlichen Wettbewerbsschutzes (S. 158). Während Osterrieth dem Gesichtspunkt des Handelns gegen die guten Sitten wenigstens subsidiäre Bedeutung beimißt, will Baumbach ihn völlig ersetzt wissen durch den Gesichtspunkt der Störung des Rechts am Gewerbebetrieb.

Wenn auch diese radikale Auffassung über den Wettbewerbsschutz im allgemeinen und für das Preisschleudern mit Markenartikeln im besonderen als zu weitgehend ab-

[77]) Nipperdey, „Wettbewerb und Existenzvernichtung", S. 9.
[78]) Baumbach, „Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht", in Jur. W. 1930, S. 1644.

gelehnt, und wenn auch zugegeben werden muß, daß Preisunterbietungen zum mindesten in einem Teil der erörterten Fälle gegen die guten Sitten verstoßen, so ist es doch von Bedeutung zu untersuchen, ob andere Formen des Rechtsschutzes gegeben sind, die nicht eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung voraussetzen. Ihre Bedeutung würde eine doppelte sein.

1. Fälle, die an sich nach § 826 BGB. oder § 1 UWG. zu ahnden sind, brauchten, falls die — tatsächlich vorhandene — Sittenwidrigkeit des Tuns sich nicht beweisen läßt, nicht aus Mangel an Beweis schutzlos zu bleiben. In den Fällen, in denen die Beweismöglichkeit an sich gegeben ist, würde die Prozeßführung „entgiftet" werden dadurch, daß der Schutzsuchende nicht nötig hat, in weitestem Umfang Behauptungen aufzustellen und zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, daß das Verhalten des Gegners gegen die guten Sitten verstoße[79]).
2. Eingriffe, die nicht als Verstoß gegen die guten Sitten gekennzeichnet werden könnten, würden rechtlich unterdrückt werden können, obwohl § 1 UWG. und § 826 BGB. nicht anwendbar wären.

Es ist ohne weiteres gerechtfertigt, daß jemand, der sich durch das Verhalten eines anderen in seiner Rechtssphäre gefährdet oder verletzt fühlt, zunächst fragt, ob ihm nicht Rechtsschutz einfach deshalb zukomme, weil seine Rechtssphäre beeinträchtigt ist, ohne Rücksicht darauf, ob das schädigende Verhalten des Gegners gerade als sittenwidrig sich darstellt. Gewiß gibt es im Wettbewerbskampf große Gebiete, wo völlig gleichberechtigte und gleich schutzwürdige Interessen in Widerstreit miteinander geraten, so daß weder das eine noch das andere grundsätzlich zu weichen braucht und schließlich das stärkere die Oberhand gewinnt; auf diesem Gebiet soll nach § 1 UWG. lediglich unlauteres Verhalten durch die Rechtsordnung verhindert werden. Es gibt aber Fälle, in denen die eine oder die andere Partei durch ihre gewerbliche Betätigung bestimmte individuelle Beziehungen hergestellt und in feste Formen gebracht hat, deren Mißachtung durch Außenstehende nicht mehr bloß vom Standpunkt des Kampfes gleichstehender Interessen zu beurteilen, sondern als Angriff auf ein wohlerworbenes schutzwürdiges Gut anzusehen und deshalb

[79]) Wassermann, in Jur. W. 1928, S. 2634.

zurückzuweisen ist, ohne daß der Angriff als sittenwidriger erwiesen zu werden braucht. Sobald diese Situation gegeben ist, besteht das Bedürfnis nach einem Rechtsschutz, der seinen Ausgang von dem verletzten Objekt und nicht von der verletzenden Handlung nimmt.

Es wird gefragt, ob zugunsten eines Markenartikelherstellers eine besondere Möglichkeit des Rechtsschutzes gegenüber dem Dritten, der sein Reverssystem durch Preisschleudern angreift, gegeben ist. Hier liegt am nächsten die Auffassung, daß das Preisschleudern als Verletzung des in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Rechts am „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" angesehen werden könne; aber auch hier betritt man sehr unsicheren Boden. Das Reichsgericht, das in zahlreichen Entscheidungen die Existenz eines solchen absoluten Rechts ausdrücklich anerkannt hat, läßt keineswegs mit Bestimmtheit erkennen, was unter dem Begriff „eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb" zu verstehen ist, insbesondere ob damit der hinlänglich konkretisierte Erwerbswille und die Erwerbstätigkeit oder ob der Niederschlag dieser Betätigung, nämlich der Betrieb als solcher gemeint und letzterenfalls, was im einzelnen als zu dem Betriebe gehörig zu betrachten ist; mit anderen Worten, ob es entscheidend auf die Tätigkeit des Betreibenden oder auf den Betrieb und die mit ihm verbundenen Güter selbst ankommt. Erstenfalls würde es sich in Wahrheit um das — vom Reichsgericht ausdrücklich abgelehnte — Persönlichkeitsrecht an der freien gewerblichen Betätigung handeln; nur wenn die zweite Annahme zuträfe, läge ein Recht an einem Immaterialgut vor. Salinger[80]) hat die sämtlichen einschlägigen Urteile des Reichsgerichts einer tiefgründigen Kritik unterzogen, die mir im wesentlichen berechtigt erscheint. Diese Kritik kommt zu dem Ergebnis, daß in keinem der Fälle, in denen das Reichsgericht die Verletzung des fraglichen Rechts angenommen hat, irgendeines der an den einzelnen Gegenständen des Unternehmens bestehenden Rechte verletzt worden ist, daß es sich auch nicht um Verletzungen der über die Summe dieser einzelnen Gegenstände hinaus in dem Unternehmen verkörperten organisatorischen Idee handelte, daß es sich vielmehr in allen Fällen in Wirklichkeit stets um Behinderung oder Störung der freien Erwerbs-

[80]) „Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", Gruchot 62, 289 ff.

tätigkeit des Unternehmers gehandelt hat. Das geht z. B. daraus hervor, daß das Reichsgericht im Urteil J. W. 1909, S. 493, Nr. 16 als widerrechtliche Verletzungen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes ausdrücklich nur Störungen und Eingriffe bezeichnet hat, die sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb „also gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebes richten". Des weiteren läßt sich der wahre Inhalt des vom Reichsgericht anerkannten Rechts mittelbar daraus entnehmen, daß in verschiedenen Entscheidungen[81]) die Erklärung sich findet, daß eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes nur dann angenommen werden könne, wenn sich die Handlung unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtet. Diesen Satz erläutert das Reichsgericht dahin, daß das Merkmal des zu beanstandenden rechtswidrigen Eingriffs in der Antastung des Gewerbebetriebes als solchen, in der unmittelbaren Hinderung und Hemmung des Anbietens und Abschließens von Verkäufen oder irgendwelcher Betriebs- und Vertriebshandlungen des Unternehmers liege.

Bei der praktischen Durchführung ist das Reichsgericht dann allerdings keineswegs konsequent gewesen; die Unklarheit darüber, was Objekt des Rechtsschutzes ist, hat Entscheidungen gezeitigt, die bezüglich der grundsätzlichen Einstellung einander widersprechen; insbesondere hat das Reichsgericht wiederholt Rechtsschutz auch gegenüber solchen Handlungen gegeben, die nach seiner Auffassung sich nicht als unmittelbare, sondern nur sehr mittelbare Störungen der freien Erwerbstätigkeit darstellen. Das Nähere hierüber ist bei Salinger im einzelnen dargelegt.

Die erwähnte Unterscheidung zwischen Betriebsstörungen und bloßen Ertragsstörungen ist anscheinend dem Gefühl entsprungen, daß es zu unabsehbaren und unerträglichen Konsequenzen führen müßte, wenn man alle Störungen eines Gewerbebetriebes als widerrechtliche Verletzung eines absoluten Rechts am Gewerbebetrieb ansehen wollte. Abgesehen hiervon läßt sich der vom Reichsgericht beliebte Unterschied in keiner Weise logisch rechtfertigen;

[81]) z. B. R. G. 58, 24; 60, 4; 64, 156; 65, 213; 73, 112; 77, 218; 79, 226.

sie ist denn auch allgemein als verfehlt abgelehnt worden[82]). Im Schrifttum ist das erörterte Recht in der Regel nicht als Persönlichkeitsrecht — was es mit Rücksicht auf seine Vermögensbeziehungen tatsächlich nicht sein kann — sondern als Recht an einem Immaterialgut, nämlich an dem Unternehmen als solchen aufgefaßt worden. Darüber, ob auf der Grundlage der geltenden Gesetze ein besonderer Rechtsbegriff des „Unternehmens" sich gewinnen läßt, gehen die Ansichten ebenso auseinander, wie über den Inhalt eines solchen Rechtes am Unternehmen. Für das Vertragsrecht ist die genaue Begrenzung eines solchen Begriffs rechtlich nicht so bedeutsam, wie für das Deliktsrecht. Denn wenn Verträge über ein Unternehmen geschlossen werden, dann wird die Auslegung der Parteierklärungen in der Regel mehr oder weniger Klarheit darüber ergeben, was die Vertragschließenden unter dem Unternehmen — oder wie sie es sonst benennen mögen — verstanden wissen wollten, z. B. worauf die Pflichten des Verkäufers eines Unternehmens gerichtet sein sollten. Anders im Deliktsrecht. Hier muß, wenn eine Rechtsverletzung geltend gemacht wird, feststehen, welches der Inhalt des angeblich verletzten Rechts ist. Es ist hier nicht der Ort, die zahlreichen Umschreibungen des Begriffs „Unternehmen" — der im allgemeinen als identisch mit dem „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzusehen ist — im einzelnen aufzuzählen und zu erörtern; ich verweise in dieser Beziehung auf die Zusammenstellungen vornehmlich in den Werken von R. Isay[83]), Wieland[84]), Oppikofer[85]), Callmann[86]) und Daniels[87]). Als Unternehmen wird im neueren Schrifttum überwiegend die Zusammenfassung von Geschäftswerten aufgefaßt, die außerhalb der Persönlichkeit des Inhabers liegen und den Charakter von Immaterialgütern haben; insbesondere die geschäftliche Organisation, die Beziehungen zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern, Arbeitern und Angestellten, ferner Geschäftsgeheimnisse und dergleichen. Ob lediglich die Verbindung dieser Geschäftswerte das Unternehmen ausmachen, oder ob auch andere Werte, insbesondere das Handelsvermögen und die beson-

[82]) Vgl. z. B. Callmann a. a. O. S. 30/31; Baumbach, Kommentar, S. 160; Nipperdey a. a. O. S. 9/10.
[83]) „Das Recht am Unternehmen", S. 26/27.
[84]) „Handelsrecht", Bd. I, S. 239.
[85]) „Unternehmensrecht", S. 3 ff.
[86]) a. a. O. S. 26 ff.
[87]) „Firmenveräußerung und Unternehmensrecht", S. 31 ff.

deren geschäftlichen Kennzeichnungsmittel dazu gehören[88]); ferner ob das Handelsvermögen mit dem Begriff des Unternehmens überhaupt nichts zu tun und ob die geschäftlichen Kennzeichnungsmittel höchstens akzessorischen Charakter haben, lediglich „Geschäftsschutzrechte" darstellen, mag hier auf sich beruhen, da es für die folgende Erörterung nicht entscheidend ist. Wenn das Unternehmen Gegenstand eines absoluten Rechts bilden soll, dann wäre dieses Recht den in § 823 Abs. 1 BGB. aufgezählten Rechten gleichzustellen. Dann spielte aber eine wesentliche Rolle die Bedeutung der in § 823 erwähnten Widerrechtlichkeit der Rechtsverletzung. Grundsätzlich ist jeder schädigende Eingriff in ein nach § 823 Abs. 1 geschütztes Recht widerrechtlich und verpflichtet zum Schadenersatz, es sei denn, daß ein besonderer Rechtfertigungsgrund für den Eingriff dargetan wird. Auf das Recht am Gewerbebetrieb angewendet, würde das bedeuten, daß die meisten geschäftlichen Konkurrenzhandlungen und alle Störungen des Betriebes unter § 823 fallen. Da aber ein Recht zur Störung fremder Gewerbebetriebe normalerweise nicht gegeben ist, so würde die konsequente Gleichstellung des Rechts am Unternehmen mit den übrigen Rechten des § 823 Abs. 1 zu einer Ausschaltung des freien Wettbewerbs zugunsten des älteren Unternehmens führen.

Angesichts dieser praktisch unmöglichen Konsequenz wird deshalb von denjenigen, die ein absolutes Recht am Unternehmen anerkennen, der Begriff der Widerrechtlichkeit bei Verletzung dieses Rechts anders gefaßt wie bei der Verletzung der übrigen Rechte des § 823 BGB. Es wird geltend gemacht, daß Verletzungen des Rechts am Gewerbebetrieb nicht schlechthin, sondern nur dann widerrechtlich seien, wenn sie entweder gegen die guten Sitten oder gegen eine besondere gesetzliche Vorschrift verstoßen; so z. B. bei Isay a. a. O. S. 59; Finger, Unl. Wettbewerb S. 7; Hueck a. a. O. S. 52.

Baumbach kommt bei Behandlung dieser Frage in eine Zwickmühle. Einerseits sagt er (S. 169):

---

[88]) Ulmer („Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb", S. 3) will das „Unternehmen" selbst in Wahrheit erst hinter allen erwähnten Werten gesucht wissen; nach ihm ist „Unternehmen" der Begriff, dem die erwähnten Immaterialwerte (als Integrationsfaktoren die für die Identität des Unternehmens wesentlich sind), ebenso wie die andern lösbaren Werte zugerechnet werden.

„§ 823 schützt das Recht am Gewerbebetrieb, so daß jeder schuldhafte Eingriff durch unerlaubten Wettbewerb bereits durch § 823 erfaßt wird und § 826 mit seinem Erfordernis der Sittenwidrigkeit gar nicht herangezogen zu werden braucht, somit für das Wettbewerbsrecht ganz überflüssig ist."

Ferner S. 161:

„Wer objektiv widerrechtlich in ein geschütztes Recht eingreift, der muß seine Berechtigung beweisen. Denn widerrechtlich ist jeder Eingriff, der nicht rechtlich erlaubt ist (das namentlich gegenüber dem Recht am Gewerbebetrieb, das als eigentumsähnliches Andere von jeder Einwirkung ausschließt)."

Baumbach operiert auch sonst mit dem Ausdruck „unerlaubter Wettbewerb". (S. 172) und unterscheidet zwischen erlaubten und unerlaubten Mitteln des Konkurrenzkampfes. Es käme also darauf an, klarzustellen, wann eine Wettbewerbshandlung, wann ein Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb unerlaubt ist. Hierüber führt Baumbach (S. 134) aus, daß derjenige, der in den Betrieb eines andern dadurch eingreift, daß er zum Wettbewerb Mittel anwendet, die ihm sachlich fremd sind, in den „erlaubten" Wettbewerb ein ihm fremdes Element trägt und damit die „erlaubte" Störung des fremden Betriebes in eine unerlaubte verwandelt. An anderer Stelle (S. 143) führt er aus, der Geschäftsinhaber sei verpflichtet, die „allgemein im Geschäftsleben üblichen" Beeinträchtigungen zu dulden. Es käme also darauf an festzustellen, ob eine Handlung dem Wettbewerb sachlich fremd oder ob es eine im Geschäftsleben allgemein übliche ist; das läuft aber letzten Endes auf dasselbe hinaus, wie die Erklärung des Reichsgerichts in der Entscheidung Band 64, S. 56, daß die im Lohn- oder Klassenkampf zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ins Werk gesetzten Maßregeln nicht über dasjenige hinausgehen dürfen, was in einem solchen Kampf als „statthaft" anzusehen sei. Wann aber ist etwas nicht mehr zulässig, nicht mehr statthaft und daher nicht erlaubt? Die Antwort darauf gibt Baumbach in folgendem Satz:

„Boykott, Sperre, Streik, Aussperrung sind zulässige wirtschaftliche Kampfmittel; sie können aber eine unerlaubte Handlung aus § 826 BGB. darstellen, wenn sittenwidrige Mittel angewendet werden (hier liegt also ein an sich nicht widerrechtlicher erlaubter

Eingriff in den Gewerbebetrieb vor, solange nicht ein über den § 823 hinausgehendes Moment hinzutritt . . .)." Daraus würde sich also ergeben, daß ein Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb dann unerlaubt und deshalb widerrechtlich sein soll, wenn er gegen die guten Sitten verstößt.

Es kommt also bei Baumbach ebenso wie bei den oben erwähnten Schriftstellern darauf hinaus, daß der Begriff der Widerrechtlichkeit nach § 823 Abs. 1 BGB. bei Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb ein anderer ist, als bei den übrigen nach § 823 Abs. 1 geschützten Rechten. Es kann aber nicht unterstellt werden, daß dieser Begriff bei den einzelnen in Frage kommenden Rechten ein verschiedener sein soll. Die Konstruktion des absoluten Rechts am Gewerbebetrieb läuft also schließlich auf die Feststellung hinaus, daß der Berechtigte sich Eingriffe nicht gefallen zu lassen braucht, die gegen die guten Sitten verstoßen; das ist aber schon in § 1 UWG. und § 826 BGB. gesagt[89]).

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob ein bestimmter Markenartikel als besonderes Gut angesehen und ob es ein absolutes Recht in Form eines Immaterialrechts an einem solchen Gut geben kann. Wenn hier von Markenartikel als einem besonderen Gebilde, einem besonderen wirtschaftlichen oder Rechtsgut gesprochen wird, dann ist darunter natürlich nicht das einzelne Exemplar der Massenproduktion, nicht die einzelne konkrete Ware verstanden, sondern die Idee des Markenartikels, die in dem einzelnen Stück verkörpert ist, ebenso wie Gegenstand des Patentschutzes die Idee ist, die sich z. B. in einer Maschine, und Gegenstand des Urheberrechts die Idee ist, die in dem gegenständlichen Kunstwerk sich verkörpert.

Vorweg ist der Standpunkt zu vertreten, daß, auch wenn man ein besonderes Recht am Unternehmen anerkennt, dies nicht ausschließen würde, besondere Rechte an einzelnen Unternehmensbestandteilen oder -zubehören anzuerkennen. Der Umstand, daß solche Rechte keinen

---

[89]) Im gleichen Sinne äußern sich ablehnend Salinger a. a. O. S. 29; v. Tuhr, Allg. Teil, Bd. I, S. 154 f.; Lehmann-Höniger, Handelsrecht, S. 133/34; Lehmann, „Grundzüge des Deutschen Industrierechts", in der Festgabe für Zitelmann, S. 26; Müller-Erzbach, Handelsrecht, Bd. I, S. 88 und in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 71, S. 423 ff. (Besprechung von Isay, Das Recht am Unternehmen); Nipperdey, „Wettbewerb und Existenzvernichtung", S. 9; und im Gutachten über die Haftung der Berufsvereine zum 34. Deutschen Juristentage, S. 402 ff.

Eigenwert, sondern Wert nur haben, weil und solange sie Bestandteile eines bestimmten Unternehmens sind, steht einem Sonderschutz dieser Einzelrechte nicht entgegen, mag auch letzten Endes dieser Schutz dem Unternehmen zugute kommen, das sie umfaßt. So hat die Gesetzgebung der Firma und der Ausstattung des Unternehmens besonderen Rechtsschutz angedeihen lassen; insbesondere aber gilt das für das Warenzeichen. Das Recht am Warenzeichen ist zwar ebenfalls — wenigstens nach geltendem deutschen Recht — ein unselbständiges Recht, insofern als es nicht von dem Betriebe, für den es verliehen ist, gelöst werden kann; aber der Rechtsschutz leitet sich nicht von einem allgemeinen Recht am Unternehmen her, sondern ist verselbständigt. Durch die dauernde praktische Verwendung des Warenzeichens für eine bestimmte Ware erlangt das Zeichen einen Eigenwert insofern, als es geeignet wird, dem Inhaber eines andern Betriebes, falls er sich seiner zur Kennzeichnung gleicher Ware bedient, ganz oder teilweise die Werbekraft zuzuführen, die das Zeichen im Ursprungsbetrieb erlangt hat. Wenn auch das deutsche Warenzeichengesetz nicht gestattet, das Warenzeichen ohne den Betrieb zu übertragen, so hat doch die Rechtsprechung eine Verselbständigung der Marke dadurch erleichtert, daß sie die Übertragung dann gestattet, wenn gleichzeitig der Teil des Betriebes, der sich auf die Herstellung oder den Vertrieb der bestimmten durch die Marke geschützten Ware bezieht, übertragen wird; das Reichsgericht hat insbesondere in der sogenannten Mariani-Entscheidung[90]) ausgeführt, daß die Übertragung eines Teilbetriebes genügt, wenn das Zeichen tatsächlich nur für einen bestimmt abgrenzbaren Teil des Betriebes (z. B. nach Niederlassungen, Betriebsstätten, Waren- oder Absatzgebieten) geführt wird (vgl. hierzu auch den Bericht über die Berliner „Warenzeichentagung" vom 26./27. 4. 1929 in G. R. U. R. 1929 S. 756 und 761).

Auf diese Weise kann die Fabrikation eines bestimmten Markenartikels von dem ursprünglichen Hersteller auf einen andern übergehen, ohne daß der Gesamtbetrieb übertragen wird[91]). Dadurch wird klargestellt, daß ein be-

[90]) R. G. Z. 51, 269.

[91]) Die Möglichkeit, einzelne Teile eines Geschäftsbetriebes zum Gegenstand besonderer Rechte zu machen, hat das Reichsgericht auch sonst anerkannt, so z. B. in der Entsch. vom 30. 10. 08 (Bd. 70, S. 23), wo es sich um die Verpachtung des „Betriebes des Inseratenteils" einer Zeitung handelt; das R. G. erkennt dort ausdrücklich an, daß ein Teil eines Gewerbebetriebes Objekt

stimmter Markenartikel ein besonderes wirtschaftliches Gut darstellt; es handelt sich um ein Gebilde, dessen Herstellungs- und Vertriebsformen wirtschaftlichen Notwendigkeiten entsprechen. Es handelt sich nicht um zufällige Erscheinungen, sondern um planmäßiges zweckvolles Handeln; um Objektinierung eines schöpferischen Gedankens; um eine Idee, die durch Verbindung mehrerer Elemente zur Verkörperung kommt. Diese Elemente sind im ersten Teil dieser Abhandlung im einzelnen dargestellt worden; es sind die folgenden:

a) In erster Linie die Schaffung einer bestimmten Warentype, wobei es unerheblich ist, daß der Gegenstand oder das zu seiner Herstellung angewendete Verfahren Patent- oder Gebrauchsmusterschutz genießt. Die Erzeugung des bestimmten Typs erfordert in der Regel lange und mühevolle Vorarbeiten, bis die für rationelle Massenproduktion geeignetste und für den Massenabsatz zugkräftigste Form gefunden wird.

b) Die Schaffung einer besonders zugkräftigen Kennzeichnung der Ware und Begründung besonderen Schutzes dafür, sei es durch Herbeiführung der Eintragung oder der Anerkennung derselben im Verkehr.

c) Herstellung des Artikels in gleichbleibender guter Qualität.

d) Propaganda, die auf die Eigenart des Artikels als Typenware und auf seine besondere Kennzeichnung, insbesondere Marke und Ausstattung, sich stützt;

e) Schaffung eines lückenlosen Reverssystems zwecks Ermöglichung eines einheitlichen Kleinverkaufspreises und dadurch bewirkte Verstärkung des Standardcharakters des Markenartikels.

Alle diese Elemente dienen einer einheitlichen Idee. Erst die Vereinigung aller Elemente führt zur praktischen Verwirklichung der Idee des bestimmten Markenartikels.

Die Umschreibung, die R. Isay[92]) für das Unternehmen anwendet, läßt sich Wort für Wort auf den Markenartikel anwenden:

> „In den Elementen, aus denen sich für die grobsinnliche Betrachtung der Markenartikel zusammensetzt, verkörpert sich ein geistiges Element, eine

eines Pachtvertrages sein kann, wenn er sich vom Hauptbetrieb als besonderer Gegenstand der Nutzung trennen läßt.

[92]) „Das Recht am Unternehmen", S. 24.

organisatorische Idee, ähnlich wie der Gedanke des Künstlers gegenständlichen Ausdruck findet in Marmor und Leinwand oder eine Erfindung in Schrauben und Rädern."

Fällt eins der Elemente weg, sei es die ursprünglich vorhandene gute Qualität, sei es die Marke (durch Verlust oder durch widerrechtliche Benutzung seitens eines andern) sei es die Reklame, sei es schließlich der Einheitspreis, dann liegt darin eine grundsätzliche Beeinträchtigung, welche die Verwirklichung der Idee mehr oder weniger erschweren oder sogar unmöglich machen kann. Die Rechtsordnung gewährt zwar durch ausdrückliche Bestimmungen dem einen und dem andern Element des Markenartikels Rechtsschutz: dem Gegenstand als solchen gegen Nachahmungen, insbesondere durch Patent- und Musterschutz; der zur Kennzeichnung gewählten Marke Schutz gegen Benutzung durch andere; der besonderen Art der Reklame Schutz gegen Nachahmung durch Konkurrenten. Aber durch diesen Schutz der einzelnen Elemente wird das besondere Gebilde des Markenartikels als eines bestimmten Organisations-Produkts noch keineswegs hinreichend geschützt. Dazu ist vielmehr erforderlich, daß jeder Eingriff zurückgewiesen werden kann, welcher das Gesamtgebilde, das in einem bestimmten Markenartikel zu erblicken ist, in irgendeiner Weise benachteiligt. Dieser Gedanke liegt durchaus im Zuge der Entwicklung, die das Kennzeichnungsrecht genommen hat. Geht man davon aus, daß ein Warenzeichen nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck der Kennzeichnung einer bestimmten Ware sein soll, so ergibt sich, daß das eigentliche Schutzobjekt die durch die Marke gekennzeichnete Ware oder ein bestimmter Warentyp ist, und daß der Hersteller geschützt wird, um diese Ware ungestört herstellen und vertreiben zu können. Dann liegt aber der Gedanke nahe, daß der Hersteller dieser Markenware nicht bloß ein Recht an der Marke, dem formalen, jedes Selbstzwecks entbehrenden Kennzeichnungsmittel haben soll, sondern an dem bestimmten Gegenstande der Kennzeichnung, an dem Markenartikel. Eine Benachteiligung des Markenartikels liegt nun insbesondere dann vor, wenn durch fremde Eingriffe verhindert wird, das vom Erzeuger zur Ermöglichung einheitlicher Verkaufspreise als einer Grundlage der Produktion eines bestimmten Markenartikels vorgesehene lückenlose Reverssystem aufrecht zu erhalten; denn wenn die Schaffung und Verbreitung eines

bestimmten Markenartikels von dem Hersteller von vornherein auf die Basis des Einheitspreises gegründet ist, dann ist sie eben ein von der Idee dieses Artikels nicht zu lösendes Element.

Es ist bezeichnend, daß in vielen Urteilen, in denen das Schleudern mit Markenartikeln als gegen die guten Sitten verstoßende Handlung untersagt wird, davon gesprochen wird, daß es sich um einen Eingriff in das Verkaufs-System des Fabrikanten, um eine Verletzung dieses Systems handelt. Damit ist zum Ausdruck gebracht worden, daß nicht etwa der einzelne Reversvertrag, durch dessen Bruch das Schleudern ermöglicht wurde, sondern die Gesamtheit dieser Reversverträge Gegenstand des Rechtsschutzes sein sollen; nicht das Interesse des Fabrikanten an den einzelnen konkreten Exemplaren des Markenartikels, sondern das Interesse an der schöpferischen und organisatorischen Idee, als deren Verwirklichung die Waren erscheinen, die in jeder Beziehung als Einheitsprodukt in die Erscheinung treten; damit ist schließlich zum Ausdruck gebracht, daß es sich nicht zufälligerweise um eine Vielzahl gleicher Vertragsbindungen handelt, sondern um die notwendigerweise herbeigeführte Übereinstimmung sämtlicher auf den Absatz eines Einheitsproduktes gerichteten Verträge.

Das Bedürfnis nach allgemeinem Rechtsschutz eines solchen besonderen Gutes stützt sich nach dem vorstehenden insbesondere auf die schöpferische Tätigkeit, welche sich in der Schaffung des bestimmten Typs, in der Verbindung desselben mit einer besonders werbekräftigen Marke, in der besonderen Art der Propaganda und schließlich in der Schaffung und vertraglichen Sicherung eines Einheitspreises äußert, der entscheidende Grundlage für Produktions- und Absatzorganisation ist. Wertheimer[93]) bezeichnet den durch Fleiß und Intelligenz geschaffenen geschäftlichen Besitzstand, das „Ergebnis individueller gewerblicher Betätigung" als ein des Rechtsschutzes bedürftiges Gut. Ebenso wird die in einer Marke enthaltene oder ihr durch Reklame verliehene „Werbekraft" von H. Isay[94]) als ein Element bezeichnet, welches die Marke zu einem selbständigen wirtschaftlichen Gut macht, und das Reichsgericht bezeichnet in dem obenerwähnten Urteil vom 30. 10. 1908 die ihren Aus-

[93]) „Ein Beitrag zum Kampf um § 1 U. W. G.", in G. R. U. R. 1928, S. 527.

[94]) G. R. U. R. 1929, S. 27.

druck in der Gewährung von Erträgnissen findende „Werbekraft" als Gegenstand der Nutzungen. Schon die von Fabrikanten geschaffene dem Markenartikel anhaftende Werbekraft wird daher ausreichen müssen, um den Markenartikel als selbständiges Rechtsgut erscheinen zu lassen. Neben der erwähnten schöpferischen Tätigkeit und der darin enthaltenen Arbeitsleistung spielen bei Schaffung des besonderen Guts des Markenartikels die darauf verwendeten Kosten eine wesentliche Rolle. Das Reichsgericht hat gerade im Wettbewerbsrecht die Gewährung von Rechtsschutz vielfach davon abhängig gemacht, daß derjenige, der ein bestimmtes Produkt zuerst erzeugt hat, Mühe, Arbeit und Kosten auf diese Erzeugung angewandt hat[95]).

Die Zahl der Rechte, die nach § 823 Schutz genießen soll, ist nicht geschlossen und nicht beschränkt; das ist durch das Wort „sonstiges" Recht zum Ausdruck gebracht worden. Dadurch sollte Raum nicht lediglich für solche Rechte gelassen werden, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. in besonderen Gesetzen geregelt waren, oder für solche, die in künftigen Gesetzen geschaffen werden würden; es ist vielmehr auch damit gerechnet worden, daß Rechtswissenschaft und Praxis zu der Erkenntnis gelangen könnten, daß im Rahmen der bestehenden gesamten Gesetzgebung Rechte anzuerkennen seien, ohne daß diese eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz gefunden hätten. Hierhin gehören namentlich solche Rechte, deren Bestehen auf Grund analoger Anwendung der für das Eigentum einerseits und für die verschiedenen Urheberrechte andererseits geltenden Vorschriften anzuerkennen ist. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Eigentumsbegriff ohne weiteres auf geistige Schöpfungen aller Art unmittelbar anwendbar ist, wie Dernburg und, um Beispiele aus dem neueren Schrifttum zu nennen, Neukamp und Baumbach wollen. Man wird aber den Begriff des in bestimmter Form objektivierten geistigen Eigentums als einen der Gesamtheit unserer Gesetze immanenten anerkennen und feststellen müssen, daß die besondere Regelung, die einzelne Arten dieses geistigen Eigentums durch die Gesetzgebung erfahren haben, nicht der Ausdruck dafür ist, daß andere Arten der schöpferischen Tätigkeit außerhalb der Sphäre des geistigen Eigentums liegen und daß an ihnen keine entsprechenden Schutzrechte bestehen. Jene Sonderregelungen stellen zum Teil nur Ein-

[95]) RG. 73, 294; 77, 431; 79, 415; 88, 183; 92, 111; 111, 256; 115, 183; 120, 96.

schränkungen der Ausübung bestimmter Arten des geistigen Eigentums, so des Patentrechts, des Musterschutzrechts, des Urheberrechts dar; Einschränkungen in formaler, sachlicher und zeitlicher Beziehung.

Wenn herkömmlicherweise davon gesprochen wird, daß eine Rechtsmaterie noch nicht zur gesetzlichen Regelung „reif" sei, soll damit nicht gesagt sein, daß ein bestimmtes Recht noch nicht als bestehend anerkannt werden könne und solle, sondern nur, daß noch kein Bedürfnis für eine Regelung der Einzelheiten der Rechtsausübung und des Rechtsschutzes bestehe, eine Regelung, die, wenn sie erfolgt, sich meistens lediglich als eine Beschränkung und Abgrenzung eines an sich schon in Geltung befindlichen Rechts darstellt, sozusagen als das Schleifen und Formen des vorgefundenen und in seiner Eigenart erkannten rohen Materials.

Von dieser Erwägung aus besteht kein Bedenken, auch außerhalb des Kreises der ausdrücklich anerkannten und geregelten Rechte noch weitere Rechte an geistigen Schöpfungen anzuerkennen, zum mindesten, soweit sie nach Ursprung und Zweck Ähnlichkeit mit den besonders geregelten Fällen haben. Das Fehlen besonderer gesetzlicher Ausgestaltung stellt dann nicht die Existenz eines solchen Rechtes in Frage, sondern macht höchstens seiner Verwirklichung in Einzelheiten Schwierigkeiten.

In Anwendung dieser Gedankenreihe läßt sich der Markenartikel als ein individuelles Produkt schöpferischer Tätigkeit, als Gegenstand eines subjektiven Rechtes und zwar einer besonderen Art des gewerblichen Urheberrechts auffassen. Das Geschick, erst auf dem Umwege über die Sittenwidrigkeit seiner Verletzungen erkannt worden zu sein, teilt er z. B. mit dem Urheberrecht an Schallplatten und wohl auch mit dem allgemeinen Rechte am Produkte eigener Arbeit, das allerdings ebenfalls sich aus der Sphäre unvollkommenen Rechtsschutzes noch nicht herausgearbeitet hat.

Daß gegen die Schutzbedürftigkeit des hier angenommenen Rechts keine generellen Bedenken bestehen, ist schon früher eingehend erörtert worden. Wenn im einzelnen Falle sich ergibt, daß der festgesetzte Preis in einer die Allgemeinheit schädigenden Weise überspannt ist und daher die auf Einhaltung dieses Preises gerichteten Verträge nichtig sind, dann entfällt damit das Element des Einheitspreises; es fehlt dann also insofern an dem Gegenstand des Rechtsschutzes. Das gilt nicht nur im Falle der nach § 138 BGB. eingetretenen Nichtigkeit, sondern auch dann, wenn

das Kartellgericht oder die Reichsregierung Schädigung des Gemeinwohls oder der Gesamtwirtschaft feststellt und die Berechtigung zum Rücktritt ausspricht und die Berechtigten von diesem Recht Gebrauch machen. Solange nicht Preisbindungen prinzipiell durch Gesetz verboten sind, gibt die Anerkennung eines selbständigen Rechts am Markenartikel eine klare Rechtsgrundlage für alle Beteiligten; es genügt die Feststellung des Vorhandenseins der angegebenen Elemente, um das Bestehen des erwähnten Rechts festzutellen; alsdann hat sich grundsätzlich jedermann solcher Handlungen zu enthalten, die eine Verletzung dieses Rechts darstellten, ohne Rücksicht darauf, ob diese Handlungen einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten oder nicht.

Im nachstehenden soll zu einigen möglichen Einwendungen gegen die hier vertretene Auffassung kurz Stellung genommen werden.

a) Unbegründet wäre der Einwand, daß das Recht am Markenartikel nichts anderes sei als ein partielles Recht an dem — hier abgelehnten — Recht am Unternehmen; es kämen also alle gegen ein solches Recht vorgebrachten Gründe ebenfalls zur Geltung. Das ist nicht richtig. Denn einmal ließe sich ein etwa bestehendes Recht am Unternehmen sicher nicht realiter teilen; zu seinem Wesen würde gerade gehören, daß es sich auf das Unternehmen als Einheit bezieht. Umgekehrt ergibt die Summe der Rechte an den einzelnen Werten, die für das Bestehen des Unternehmens wesentlich sind, noch keineswegs das Gesamtrecht, als welches das Recht am Unternehmen angesehen wird; diese Einzelrechte haben, entsprechend ihrer konkret bestimmten Objekte, ganz bestimmte Inhalte.

b) Unbegründet wäre der Einwand, es könnte schließlich jede lückenlose Preisbindung als Gegenstand absoluten Rechtsschutzes hingestellt werden, insbesondere kartellmäßige Preisbindungen von Angehörigen der gleichen Wirtschaftsstufe, z. B. bei Rohstoffkartellen. Solche Preisbindungen beziehen sich aber nicht, wie die bei Markenartikeln, auf das individuelle Produkt schöpferischer Tätigkeit eines Herstellers; nicht auf individuell gekennzeichnete und propagierte Artikel; sondern auf anonyme Gattungsware, die von mehr oder minder zahlreichen Betrieben in gleicher Form hergestellt werden.

c) Unbegründet wäre der Einwand, daß schließlich jede schöpferische Idee absoluten Rechtsschutz beanspruchen könnte. Hier soll ja nicht die Idee als solche geschützt werden, sondern deswegen, weil sie in bestimmtester Form objektiviert ist. Das ist z. B. nicht der Fall bei unverwirklichten, erfinderischen und künstlerischen Gedanken, bei bloßen Geschäftspraktiken, Artistentricks u. dgl.

d) Unbegründet wäre der Einwand, der Schutz des Markenartikels ergäbe sich hinlänglich schon aus dem Warenzeichen-, Urheber- und Patentrecht. Gewiß kommt auch von dieser Seite Schutz für den Markenartikel; aber nur in ganz bestimmten Beziehungen, nämlich gegen Nachahmung des Fabrikates und des Fabrikationsverfahrens; sowie gegen Verwendung des bestimmten Kennzeichnungsmittels. Aber es läßt sich hieraus kein Schutz gegen Angriffe auf das Preissystem herleiten.

3. Die Art des Rechtsschutzes gegenüber Außenseitern.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so ist Voraussetzung des Rechtsschutzes nicht nur die Rechtswirksamkeit der einzelnen Reversverträge, sondern verbindliche Festlegung von Einheitspreisen durch lückenloses Reverssystem; das ist bei dem hier vertretenen Standpunkt entscheidende materielle Grundlage für das Bestehen des Rechts, dessen Verletzung geltend gemacht wird; läßt sich der Beweis hierfür nicht erbringen, dann ist das Bestehen des Rechtes nicht nachgewiesen und kann von einer Verletzung desselben nicht gesprochen werden.

Auch von der geltenden Rechtsprechung ist Lückenlosigkeit des Reverssystems meistens verlangt worden, obwohl der Rechtsschutz nicht auf die vorstehende Begründung gestützt wird; es ist in den Urteilen vielfach nicht klar zum Ausdruck gebracht worden, aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt dieses Erfordernis aufgestellt worden ist; meistens ist ihm nur Bedeutung für die Beweisführung beigelegt worden in dem Sinne, daß Erwerb der Schleuderware seitens des Dritten durch Ausnutzung des Vertragsbruchs eines reversgebundenen Händlers als erwiesen angesehen werden muß, wenn alle belieferten Händler ausnahmslos durch Reverse zur Einhaltung des festgesetzten Preises verpflichtet sind. Lückenlosigkeit des Reverssystems hat bei dem von

der herrschenden Meinung vertretenen Standpunkt aber ebenfalls materielle Bedeutung; denn wenn ein Fabrikant erwiesenermaßen nur einen Teil der Zwischenhändler zur Einhaltung eines bestimmten Verkaufspreises verpflichtet und ein nicht gebundener Dritter Ware von einem der gebundenen Zwischenhändler in Kenntnis dieser Bindung erwirbt und unter dem gebundenen Preise verkauft, könnte auch nach der herrschenden Lehre der Fabrikant nicht gegen den „Schleuderer" vorgehen, da dieser ja zu Preisen verkauft, zu welchen nicht gebundene Abnehmer des Fabrikanten ebenfalls zu verkaufen berechtigt sind; es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn Dritte das tun, was der Fabrikant einem Teil seiner eigenen Abnehmer gestattet. Diesen Standpunkt hat neuerdings mit aller Schärfe das Oberlandesgericht Karlsruhe in dem bereits erwähnten Urteil vertreten, wo es heißt: „Ist der Ring aber nicht lückenlos, so verstößt der Verkauf unter dem festgesetzten Preise auch dann nicht gegen § 1 UWG., wenn der Erwerb in sittenwidriger Weise erfolgte . . . die Lückenlosigkeit des Systems ist Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs, gehört zur Klagebegründung und ist, wenn bestritten, vom Kläger zu beweisen."

Von prinzipieller Bedeutung ist es, welche Erfordernisse an den Beweis der Lückenlosigkeit des Reverssystems gestellt werden; bisher haben die Gerichte im allgemeinen nicht zu strenge Anforderungen gestellt, vielfach sogar die Lückenlosigkeit vermutet und unter gewissen Umständen den prima facie-Beweis zugelassen (vgl. z. B. für den Buchhandel Beschluß des O. L. G. Frankfurt a. M. vom 6. 5. 29 in Jur. W. Schr. 1929 S. 2754. Callmann[96]) bezeichnet es als genügende Unterlage für eine solche Vermutung, wenn der Fabrikant für die Behauptung, daß er alle Abnehmer zur Einhaltung der Bedingungen seines Reverssystems verpflichte, die Unterlagen durch Vorlage von Katalogen, Druckschriften, Formularen usw. beibringt. Callmann bezeichnet eine Entscheidung des Landgerichts Kaiserslautern in M. u. W. XIV 270 als zutreffend, in welcher ausgeführt ist, es sei „unwahrscheinlich", daß ein Geschäft, das seine Verkaufsbedingungen veröffentlicht und dadurch den Kunden gegenüber die Verpflichtung übernimmt, auch seinerseits den Bestimmungen entsprechend zu handeln, sich nicht an die Bedingungen halten oder daß es seine Ab-

[96]) Anm. 106c zu § 1 U. W. G.

nehmer verschieden behandeln werde. Schon vom Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung kann es zweifelhaft erscheinen, ob dem Fabrikanten der Nachweis der Lückenlosigkeit so leicht gemacht werden soll. Von dem hier vertretenen Standpunkt wird aber der zweifelsfreie Beweis verlangt werden müssen, weil sonst das Bestehen des zu schützenden Rechtsgutes nicht dargetan ist. Insofern ist den Ausführungen des Oberlandesgerichts Karlsruhe in dem mehrfach erwähnten Urteil und den dieses Urteil erwähnenden Ausführungen Goldbaums[97]) und Tschierschkys[98]) nur beizupflichten.

Als Schutzmittel für das hier angenommene absolute Recht am Markenartikel kommen in Frage:

a) die Unterlassungsklage,

b) die Klage auf Schadenersatz.

Zu a) Die Unterlassungsklage ist als negatorische Klage nach der in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Lehre schon dann gegeben, wenn ein objektiv rechtswidriger Eingriff in das geschützte Recht vorliegt und die Gefahr der Wiederholung gegeben ist[99]). Es bedarf also zur Begründung einer solchen Unterlassungsklage nur

a) des Nachweises des Bestehens des Rechts an einem bestimmten Markenartikel,

b) des Nachweises, daß der Beklagte diese Markenartikel unter dem festgesetzten Preis verkauft hat,

c) des Nachweises der Wiederholungsgefahr.

Den Nachweis der Rechtswidrigkeit braucht der Kläger nicht zu führen, da die Verletzung eines absoluten Rechts grundsätzlich rechtswidrig ist; es bleibt dem Beklagten überlassen nachzuweisen, daß im konkreten Fall die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist. Als ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Umstand kommt insbesondere in Frage ein durch den Fabrikanten selbst hervorgerufener Notstand des Beklagten, der ihn zur Abwehr zwingt. Eine solche Rechtslage wird durch den Fabrikanten insbesondere dadurch geschaffen, daß er ohne Grund einen bestimmten Händler vom Bezug von Markenartikeln sperrt, deren Führung für den Händler mit Rücksicht auf die Art seines Ge-

---

[97]) In G. R. U. R. 1929, S. 302.

[98]) In Kart. R. 1929, S. 205 ff.

[99]) Vgl. hierzu RG. 61, 366; 95, 342; 109, 53, 276; 116, 153; RG. in J. W. 1915, 29; 1916, 739; 1925, 1393 und die bei Callmann a. a. O. S. 58 zusammengestellte Literatur.

schäfts und auf den Kreis seiner Kundschaft eine Existenzfrage bedeutet[100]).

Immerhin wird der Fall eines solchen Notstandes selten gegeben sein; wenn schon dem bedrängten Händler der Einkauf der vorenthaltenen Ware unter Vertragsbruch nachzusehen ist, so wird doch in der Regel für ihn kein Anlaß gegeben sein, die Ware unter dem festgesetzten Preis zu verkaufen; seinen Interessen ist in der Regel damit genügt, daß er auf irreguläre Weise in die Lage versetzt wird, die fragliche Ware zu erwerben und zu demselben Preise zu verkaufen, zu dem alle andern Händler sie feilhalten.

Die Rechtswidrigkeit des Preisunterbietens dürfte dagegen nicht ausgeschlossen sein, wenn der Dritte Markenartikel in einer Zwangsversteigerung oder vom Konkursverwalter erworben hat. Zwar hat, wie früher ausgeführt ist, der Konkursverwalter und der Gerichtsvollzieher kraft Gesetzes das Recht, preisgebundene Waren ebenso zu verwerten, wie alle sonstigen Gegenstände der Zwangsvollstreckung; insofern ist bei ihrem Tun die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen, wenn sie Markenartikel unter dem festgesetzten Preis verkaufen.

Es ist an früherer Stelle dargelegt worden, daß durch Konkurseröffnung und Zwangsvollstreckung die Bindung des Gemeinschuldners (Vollstreckungsschuldners) an den Markenpreis nicht beseitigt wird; wenn Konkursverwalter und Gerichtsvollzieher die Befugnis haben, unter dem Markenpreis zu verkaufen, so wird dadurch nicht etwa eine „Lücke" im Reverssystem geschaffen; dies behält — soweit sie überhaupt vorhanden war — seine Lückenlosigkeit. Da es nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf sittenwidriges Verhalten des Schleuderers beim Erwerb, sondern lediglich darauf ankommt, ob das lückenlose Reverssystem zur Zeit des Erwerbes und der Weiterveräußerung bestand, so wird das Recht am Markenartikel durch jene — dem

[100]) Vgl. hierzu Callmann, in Kart. Rundsch. 1929, S. 553: „Wenn einem redlichen Händler das rücksichtslose Machtbestreben eines Fabrikanten die Existenz unmöglich macht, so wird kein Gericht auf die Seite des Fabrikanten treten, kein Gericht dem Händler verbieten, sich mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln seiner Haut zu wehren, auch wenn das gewählte Mittel eine Preisunterbietung ist. Nur der redliche Kaufmann, der anständig und solide seine Geschäfte betreibende Händler, dem jede unrechte Übervorteilung seiner Mitbewerber und jede Täuschung des Publikums fernliegt, darf im Notstand offensichtlicher Ausbeutung durch den Fabrikanten zur Selbsthilfe der Preisunterbietung schreiten."

Willen des Herstellers nicht entsprechenden — Zwangsmaßnahmen ebensowenig berührt wie durch Verkäufe einzelner Zwischenhändler, die ohne Wissen und Willen des Herstellers ohne Reverszwang oder unter Preis stattfinden.

Der billigere Erwerb gibt in diesen Fällen dem Käufer also nicht das Recht, auch seinerseits den festgesetzten Preis zu unterschreiten; er hat das Recht des Fabrikanten am Markenartikel ebenso zu respektieren, wie derjenige, der die Ware auf dem regulären Handelswege erwirbt.

Ebensowenig stellt eine durch Zahlungsschwierigkeit hervorgerufene Notlage einen Umstand dar, der dem Preisschleudern die Rechtswidrigkeit nimmt; es wird hiermit nicht die Befugnis zur Verletzung jenes Rechts begründet.

Auch der Umstand, daß vom Preisschleudern die „Allgemeinheit" insofern Nutzen hat, als die Ware zu billigeren Preisen abgesetzt wird, schließt die Rechtswidrigkeit der Verletzung des Rechts am Markenartikel nicht aus. Die von Goldbaum vertretene andere Auffassung ist verschiedentlich widerlegt worden, insbesondere mit dem Hinweis darauf, daß niemand zur Verletzung von fremden Rechten dadurch ermächtigt wird, daß solche Rechtsverletzung der Allgemeinheit irgendwelchen Vorteil bringt[101]).

Zu b): Die Schadensersatzklage setzt zunächst voraus, daß dem Fabrikanten durch das Schleudern Schaden entstanden ist. Ein Schaden wird in der Regel in folgender Weise in die Erscheinung treten. Ein Teil der Konsumenten wird veranlaßt, den geschleuderten Artikel bei dem Schleuderer zu kaufen. Dessen Wettbewerber, die denselben Artikel führen, müßten, um diesen Nachteil auszugleichen, ebenfalls mit dem Preise heruntergehen, werden dies aber in der Regel nicht tun, um nicht ihre Vertragspflichten zu verletzen. Gelingt es nicht rechtzeitig, den Schleuderer zur Unterlassung zu bringen, dann wird ein Teil der vertragstreuen Abnehmer unter Umständen davon absehen, den Artikel weiterzuführen, und wird statt seiner ähnliche Markenartikel dem Publikum empfehlen; das wäre ein Vermögensnachteil für den Fabrikanten. Will er dem entgehen, muß er entweder die Verdienstspanne für die vertragstreuen Händler erhöhen oder er muß den Kleinverkaufspreis allgemein dem von dem Schleuderer geforderten Preis anpassen; beides würde wiederum einen Vermögensnachteil darstellen. Erfolgt eine allgemeine Herabsetzung

[101]) Vgl. hierzu Isay, in G. R. U. R. 1927, S. 865; Runge, in L. Z. 1928, S. 64; Callmann, in Kart. R. 1927, S. 547.

des Preises nicht, dann ist die zutage tretende Verschiedenheit desselben bei Schleuderern und vertragstreuen Händlern dazu angetan, das Ansehen der Marke zu beeinträchtigen: beim Publikum oder doch bei einem Teil der Konsumenten entsteht die Ansicht, daß der Artikel in verschiedenen Qualitäten vom Fabrikanten hergestellt wird oder daß er von der einen oder der andern Seite nachgeahmt oder verfälscht und deshalb billiger verkauft wird. All das führt dazu, einen Teil des Publikums mißtrauisch zu machen und vom Kauf dieses Markenartikels abzuhalten; also Verminderung des Umsatzes und damit Schädigung des Fabrikanten.

Der Schadensersatzanspruch setzt ferner nach § 823 Abs. 1 BGB. vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Schleuderers voraus.

Zum Vorsatz gehört die Kenntnis des verletzten Rechts; diese Kenntnis muß sich auf die einzelnen Elemente beziehen, aus deren Verbindung sich das Recht ergibt, insbesondere auf das Bestehen eines durch ein lückenloses Reverssystem begründeten Einheitspreises.

In diesem Punkte muß aber dem Gericht weitgehend das Recht freier Beweiswürdigung zugestanden werden. Es ist nicht erforderlich der strikte Nachweis, daß der Beklagte alle Reversverträge im einzelnen kennt; es muß genügen, daß für ihn aus dem gesamten Geschäftsgebaren des Klägers hervorgeht, daß dieser ein lückenloses Reverssystem eingeführt hat; dies Geschäftsgebaren wird sich insbesondere darin äußern, daß der Preis vom Fabrikanten auf den einzelnen Stücken oder der Verpackung aufgedruckt ist; daß bei jeder Anpreisung des Artikels stets der Kleinverkaufspreis genannt ist und daß auf allen vom Fabrikanten ausgehenden Mitteilungen Einhaltung des Preises verlangt wird. Kenntnis des Händlers wird ohne weiteres zu vermuten sein, wenn er die an einzelnen Stücken angebrachten Kontrollzeichen entfernt oder wenn er sich weigert, die Person seines Lieferanten anzugeben; in solchen Fällen wird prima facie als erwiesen anzusehen sein, daß der Beklagte von dem Bestehen des lückenlosen Reverssystems Kenntnis hat.

Auch eine fahrlässig begangene Verletzung des Rechts am Markenartikel kann einen Anspruch auf Schadensersatz rechtfertigen. Fahrlässigkeit kommt insbesondere dann in Frage, wenn dem Beklagten Kenntnis von dem Bestehen eines lückenlosen Reverssystems nicht nachgewiesen werden kann, seine Unkenntnis jedoch nur darauf zurückzuführen ist, daß er nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat.

Wenn der Beklagte bei der Preisunterbietung von der irrigen Annahme ausging, daß ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Umstand vorliege, so kann dieser Irrtum den Beklagten befreien, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Ein derartiger Einwand ist, wie sich aus einer Reihe der veröffentlichten Urteile ergibt, von Preisschleuderern häufig gemacht worden, insbesondere in der Form, daß sie den vom Fabrikanten festgesetzten Preis für wucherisch und deshalb die für die Preisfixierung begründenden Vereinbarungen für unverbindlich gehalten hätten. Mit Recht sind die Gerichte solchen Einwendungen mit größter Vorsicht begegnet; da aber zweifellos schwer festzustellen ist, wo die Grenze zwischen Nichtigkeit und Gültigkeit der Preisvereinbarungen zu ziehen ist, so sind immerhin Fälle denkbar, in welchem der Beklagte sich schuldlos in der irrigen Annahme befunden hat, es handle sich um unverbindliche Preisvereinbarungen. Soweit die Unwirksamkeit von Preisabreden auf Gefährdung des Gemeinwohls und der Gesamtwirtschaft zurückzuführen ist, wird eine bloße dahingehende Annahme des Beklagten nicht genügen, es sei denn, daß der Beklagte sich in dem entschuldbaren Irrtum befunden hätte, das Kartellgericht oder die Reichsregierung habe eine dahingehende Feststellung getroffen.

Im vorstehenden ist lediglich der Rechtsschutz des Markenartikelherstellers gegen Preisunterbietungen selbst dargestellt worden. Als Verletzung des Rechts am Markenartikel ist es aber auch anzusehen, wenn Außenseiter, die sich in den Besitz von Markenartikeln gebracht haben, die Kontrollzeichen entfernen oder unkenntlich machen, die der Fabrikant angebracht hat, um im Falle des Schleuderns feststellen zu können, von wem der Schleuderer die Ware bezogen hat. Denn solche Handlungen bezwecken erfahrungsmäßig nichts anderes wie die gefahrlose Veräußerung unter dem Markenpreis; sie sind auf Verletzung des Markenpreissystems, und, da dieses ein Element des Markenartikels bildet, auf Verletzung des Rechts an diesem gerichtet. Auch die herrschende Rechtsprechung[102]) hat dem Fabrikanten Schutz gegen solche Handlungen gewährt, allerdings mit der Begründung, daß diese ebenso wie das Preisschleudern selbst gegen die guten Sitten verstoßen.

---

[102]) Vgl. z. B. Urteile des Kammergerichts vom 12. 11. 13 (in G. R. U. R. 1914, S. 198) und vom 29. 11. 13 (ebenda S. 24); O. L. G. Kiel vom 3. 7. 14 (in G. R. U. R. 1915, S. 45); Obersten Ger.-Hofs in Wien vom 4. 4. 29 (in G. R. U. R. 1929, S. 946).

C. Markenschutzverbände und das Recht am Markenartikel.

Es bleibt noch zu erörtern, inwiefern das Recht am Markenartikel einer besonderen rechtlichen Behandlung unterliegt, wenn Fabrikanten von Markenartikeln sich zur Förderung ihrer Interessen zu Verbänden zusammenschließen, die als Kartelle i. S. des § 1 Kart.-Vdg. anzusehen seien. Preiskartelle in dem Sinne, daß die Kartellmitglieder untereinander sich verpflichten, beim Verkauf gewisser Waren bestimmte Mindestpreise nicht zu unterschreiten, kommen bei Markenartikeln nicht in Frage; denn hier ist nicht der Fall gegeben, daß Warengattungen gleicher Art von einem Kreise von Fabrikanten hergestellt werden, sondern der Fall, daß jeder Fabrikant eine besonders individualisierte Ware gattungsmäßig herstellt, die kein anderer Fabrikant ebenso produziert. Der Zusammenschluß der Fabrikanten von Markenartikeln bezweckt nur, einen verstärkten Schutz für die von den einzelnen für ihre Artikel festgesetzten Preise herbeizuführen, ohne die einzelnen in der Festsetzung dieser Preise zu beeinflussen; es handelt sich bei solchen Verbänden im Gegensatz zu Preiskartellen um Herbeiführung einer Preisbindung der nachfolgenden Wirtschaftsstufe. Es sind zwei Arten solcher Verbände zu unterscheiden:

a) solche, die nur Mitglieder einer bestimmten Branche umfassen, z. B. der Zigarettenfabrikation;
b) solche, bei denen die Mitgliedschaft nur dadurch bedingt ist, daß der Fabrikant überhaupt Markenartikel herstellt, ohne daß es auf die Branche ankommt.

Zu der ersten Gruppe ist u. a. der Börsenverein deutscher Buchhändler zu nehmen; die Eigenart dieses Ver-

bandes besteht darin, daß in ihm nicht allein Fabrikanten, nämlich Verleger, zusammengeschlossen sind, sondern auch Händler, nämlich die Sortimenter. Der Börsenverein ist, was auch das Kartellgericht angenommen hat, ein echtes Kartell im Sinne des § 1 der Kart.-Vdg.; es handelt sich um einen Gesellschaftsvertrag, durch welchen zwischen den Mitgliedern bindende Verpflichtungen über die Art der Preisfestsetzung und die Forderung von Preisen begründet worden sind.

Zu der zweiten Gruppe gehört der deutsche „Verband der Fabrikanten von Markenartikeln" in Berlin. Die Eigenart dieses in der Form eines eingetragenen Vereins gegründeten Verbandes besteht darin, daß nach § 3 der Satzung als Mitglied jeder Fabrikant von Markenartikeln beitreten kann, ohne Unterschied, welcher Branche die von ihm hergestellten Waren angehören. Das Mitgliedverzeichnis des Verbandes ergibt, daß er über 200 Mitglieder besitzt, welche der chemisch-pharmazeutischen, diätetischen und kosmetischen Industrie angehören, sowie solche, die Markenartikel auf dem Gebiet der Photographie, Optik, Mechanik, ferner Gummiwaren, Schreib- und Malutensilien, Schaumweine, Champagner, Liköre, Spirituosen und schließlich Kolonial- und Materialwaren der verschiedensten Art produzieren.

Es handelt sich also um Erzeuger ganz heterogener Waren; sie haben grundsätzlich im Verhältnis zum Verband und zu den übrigen Mitgliedern volle Freiheit bezüglich der Preisfestsetzung für ihre Waren; das einzige Moment, in welchem ihre Interessen übereinstimmen, liegt darin, daß sie p r e i s g e b u n d e n e Markenartikel in den Handel bringen; sie haben sich daher in dem Verband zu dem Hauptzweck zusammengeschlossen, durch kollektive Aussperrung gegen solche Abnehmer vorzugehen, die die von Verbandsmitgliedern gebundenen Preise unterbieten. Mit Rücksicht auf die vielfachen Angriffe gegen die Politik der Markenartikel scheint der Verband die ursprünglich von ihm anerkannte unbeschränkte Freiheit der Mitglieder bezüglich der Preisfestsetzung nicht mehr unbedingt gelten lassen zu wollen. In dem 26. Jahresbericht des Verbandes deutscher Waren- und Kaufhäuser für das Jahr 1928 heißt es:

> „Während bisher von dieser Seite regelmäßig die Erklärung abgegeben wurde, daß der Markenschutzverband nur die Aufgabe habe, die von den einzelnen Mitgliedern selbständig festgelegten Preise zu

schützen, hat er nunmehr sich dazu entschlossen, nur dann diesen Preisen Schutz zu gewähren, wenn sich der Aufschlag, d. h. die Preisspanne zwischen dem vom Fabrikanten festgelegten Einzelverkaufspreis und seinem eigenen Preis — also die Höhe des Rabattes — in dem Rahmen derjenigen Zahlen bewegt, die von dem betr. Fachverband als angemessen bezeichnet werden. Geht der Preis bzw. die Preisspanne zwischen Ein- und Verkauf über diesen Rahmen hinaus, so will der Markenschutzverband den betr. Mitgliedern seinen Schutz für die Folge versagen."

Die Versagung des Verbandsschutzes würde, wenn man darin nicht im einzelnen Fall ohne weiteres den Beweis für sittenwidrige oder gemeinschädliche Hochhaltung des Preises erblickt, allerdings das betroffene Mitglied nicht hindern, selbständig gegen den Schleuderer vorzugehen. Anders ist die in der neueren Judikatur behandelte Bestimmung des Vorstandes des Börsenvereins der deutschen Buchhändler (abgedruckt in Nr. 254 des Börsenblattes vom 29. 10. 1927) zu bewerten, derzufolge Bücher, die vom Verleger mit einem höheren Rabatt als 50 Prozent angeboten werden, „nicht mehr als verlagsneu", d. h. nicht mehr als an einen Ladenpreis gebunden, gelten; diese Bestimmung, die für das Verhältnis zwischen Verleger und Sortimentern die Bedeutung von Vertragsrecht hat, führt unter der angegebenen Voraussetzung zur Befreiung von der Bindung an den Ladenpreis; damit fällt, wie das O. L. G. Frankfurt in dem Beschluß vom 6. 5. 1929 (Jur. Wochenschr. 1929 S. 2754) zutreffend ausführt, „das Kennzeichen des Markenartikels, der gleiche Preis" weg.

Unter den üblichen volkswirtschaftlichen Kartellbegriff ist dieser Verband deswegen nicht zu bringen, weil es sich nicht um eine Vereinigung von Unternehmern der gleichen Art handelt. Die einzige Aufgabe des Verbandes besteht darin, eine besonders starke Macht zu schaffen, um die Durchsetzung der von den einzelnen Mitgliedern für ihre Artikel festgesetzten Preise zu erzwingen, sei es durch gerichtliche Verfolgung, sei es durch Liefersperre. Dieser vertragliche Zweck und die Art seiner Durchführung genügt jedoch, um den Verband unter den § 1 der Kart.-Vdg. zu subsumieren. Es liegt ein Gesellschaftsvertrag vor, der insbesondere Verpflichtungen über die Handhabung des Absatzes und die Anwendung von Geschäftsbedingungen enthält. Denn die Satzung verpflichtet die Mitglieder, gesperrte

Schleuderer nicht zu beliefern, bindet sie also insoweit hinsichtlich der Handhabung des Absatzes. Der Vertrag enthält auch Verpflichtungen über die Anwendung von Geschäftsbedingungen insoweit, als die Mitglieder verpflichtet sind, ihren Abnehmern bestimmte formularmäßig festgelegte Bedingungen vorzuschreiben, die der Durchführung und Sicherung der Preisbindung dienen[1]).

Der Heranziehung des Abs. 3 von § 1 der Notverordnung bedarf es also nicht, um diese für anwendbar zu erklären.

Der Verband hatte seinen Charakter als Kartell neuerdings dadurch offiziell anerkannt, daß er seiner Vereinssatzung die Bestimmung einverleibte, daß, wenn eine Sperre angezeigt erscheinen sollte, nötigenfalls, der Forderung des Reichswirtschaftsministeriums entsprechend, die behördliche Genehmigung nachzusuchen sei (vgl. § 9 Kart.-Vdg.).

Aus dem Kartell-Charakter des Markenschutzverbandes ergeben sich folgende rechtlichen Konsequenzen:

Wenn der einzelne Fabrikant einen Händler sperrt, d. h. ihn von der Lieferung der von ihm hergestellten Artikel ausschließen will, so ist das grundsätzlich in sein freies Belieben gestellt, auch wenn als Fabrikant ein noch so großes gewerbliches Unternehmen, z. B. eine große Aktiengesellschaft, ein umfassender Trust, in Frage kommt. § 9 der Kart.-Vdg. kommt auch unter Berücksichtigung der Notverordnung nicht in Frage, da der Einzelhersteller keine Sperre „verhängt", keine Anordnung trifft, sondern sich lediglich passiv verhält, indem er nicht liefert.

Anders verhält es sich bezüglich der von einem Markenschutzverband zu verhängenden Sperre. Da der Verband als Kartell anzusehen ist, bedarf er zur Verhängung jeder Sperre der im § 9 vorgesehenen Genehmigung des Vorsitzenden des Kartellgerichts. Die von dem Markenschutzverband verhängten Sperren stellen das wesentliche Machtmittel dar, dessen sich der Verband zur Durchsetzung der Preispolitik seiner Mitglieder bedient. Die besondere Bedeutung einer solchen Sperre liegt darin, daß der von ihr betroffene Preisschleuderer nicht lediglich bezüglich derjenigen Markenartikel von der Lieferung ausgeschlossen wird, mit denen er erweislich geschleudert hat; vielmehr käme, wenigstens nach der ursprünglichen Fassung der Satzung des Verbandes, eine Gesamtliefersperre in Frage,

[1]) Vgl. zu dem Vorstehenden Isay, in Kart. R. 1927, S. 107 und Breslauer-Tschierschky, im „System" 1927, S. 83 ff.

d. h. der Schleuderer würde von der Belieferung mit den sämtlichen Markenartikeln aller zum Verbande gehörigen Mitglieder ausgeschlossen — eine Maßnahme, die eine außerordentlich schwere Schädigung, unter Umständen sogar die gewerbliche Vernichtung des Betroffenen darstellte und deshalb schon wegen der bloßen Möglichkeit ihrer Verhängung zweifellos abschreckend auf alle soliden Geschäftsleute wirkt. Es ist mehrfach im Schrifttum geltend gemacht worden, daß derartige allgemeine Sperren unzulässig seien, daß Sperren vielmehr nur in der Weise verhängt werden dürften, daß sie sich auf gleiche und artverwandte Waren beschränken. Für eine solche Beschränkung hat sich insbesondere Tschierschky[2]) und Holländer[3]) ausgesprochen. Isay[4]) hält im Gegensatz dazu Sperren auch in der Weise für zulässig, daß sie sich auch auf nicht artverwandte Artikel beziehen. Er weist mit Recht darauf hin, daß für die große Mehrzahl der Fälle diese Frage nur theoretischer Natur ist und praktische Bedeutung hauptsächlich für die Beziehungen zwischen Markenartikelfabrikanten und Warenhäusern gewinnt; diesen Großunternehmungen gegenüber würde die auf eine bestimmte Warenklasse beschränkte Sperre versagen; sie dürfe, wenn sie in solchen Fällen überhaupt Sinn haben sollte, sich nicht auf artverwandte Artikel beschränken. Grundsätzlich wird man die gesetzliche Zulässigkeit einer Sperre nicht davon abhängig machen können, auf welchen Kreis von Waren sie sich bezieht. Es wird der Entscheidung des Kartellgerichts überlassen bleiben müssen, ob es eine Sperre gerade mit Rücksicht auf ihren Umfang von der Genehmigung im einzelnen Fall ausschließt. Das Reichswirtschaftsministerium scheint allerdings in einer vom Markenschutzverband verhängten Gesamtliefersperre grundsätzlich eine volkswirtschaftliche Gefahr zu erblicken; infolgedessen hat sich der genannte Verband veranlaßt gesehen, folgende Bestimmung in seine Satzungen aufzunehmen.

> „Eine Gesamtlieferungssperre des Verbandes ist unzulässig. Der Markenschutzverband hat daher auch beim Vorliegen eines Verpflichtungsscheins von einer solchen abzusehen. Eine Sperre darf nur innerhalb der betreffenden Fachgruppe ausgesprochen werden."

---

[2]) Kart. R. 1926, S. 69 ff.
[3]) Kart. R. 1927, S. 393.
[4]) Kart. R. 1927, S. 108.

Hierzu ist zu bemerken, daß innerhalb des Markenschutzverbandes fünf Fachgruppen gebildet worden sind und zwar für:

1. Artikel der chemisch-pharmazeutisch-diätetischen Industrie und der Quellenbesitzer,
2. Artikel der kosmetischen Industrie,
3. Artikel der Kolonial- und Materialwarenbranche,
4. Artikel der Schaumwein-Champagner-, Wein- und Spirituosenindustrie,
5. Artikel der Photographie, Optik, Mechanik, sowie Schreib- und Malutensilien, Gummiwaren und Bücher.

Auch Sperren innerhalb dieser Fachgruppen stellen offensichtlich einen außerordentlichen schweren Eingriff in das Gewerbe eines Kaufmanns der fraglichen Branche dar; dies ist namentlich der Fall bezüglich der beiden ersten Fachgruppen, da eine Reihe der bedeutendsten Markenartikelfabrikanten dieser Branche dem Markenschutzverband angehört.

Falls eine vom Verband beantragte Gesamtsperre nach § 9 der Kart.-Vdg. abgelehnt wird, ist damit noch keineswegs gesagt, daß die Preishöhe des Markenartikels, um deswillen die Sperre verhängt werden sollte, unangemessen hoch ist; denn die Genehmigung der Sperre wird ja nach § 9 Abs. 2 nur deswegen versagt, weil die Sperre als solche eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls enthält, nicht aber weil die Höhe des Preises des fraglichen Markenartikels von diesem Gesichtspunkte aus zu beanstanden ist. Die Ablehnung einer von dem Verband geplanten Sperre schließt selbstverständlich nicht aus, daß der unmittelbar durch das Preisschleudern betroffene einzelne Fabrikant von sich aus den Schleuderer von der Weiterlieferung ausschließt, ihn also de facto sperrt.

§ 4 der Kart.-Vdg. bietet die Möglichkeit, den Markenartikelverband zu sprengen, wenn die zwischen den Mitgliedern getroffenen Vereinbarungen oder die Art ihrer Durchführung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährden. Wenn eine solche Maßnahme getroffen werden würde, dann würden dadurch die zwischen den einzelnen Mitgliedern und ihren Abnehmern getroffenen Preisvereinbarungen nicht ohne weiteres berührt werden; denn nicht diese einzelnen Vereinbarungen sind es ja, welche das Eingreifen nach § 4 veranlassen würden, sondern die durch die

Begründung des Verbandes geschaffene wirtschaftliche Machtstellung und die Ausübung derselben.

Es ist noch die Frage zu erörtern, ob ein Markenschutzverband außer durch das Machtmittel der Sperre noch in direkter Weise auf einen Preisschleuderer einwirken kann, insbesondere durch Erhebung einer Klage auf Unterlassung. Wenn man, wie das hier geschehen ist, in dem Preisschleudern die Verletzung eines Rechts an einem bestimmten Markenartikel erblickt, dann ist zur Erhebung der Unterlassungsklage grundsätzlich nur der Inhaber des verletzten Rechts berechtigt, nicht aber auch der Markenschutzverband, der nur im Falle einer auf § 1 UWG. gestützten Klage gemäß § 13 UWG. selbständig klageberechtigt wäre. Das Klagerecht des Verbandes läßt sich aber wohl daraus herleiten, daß das einzelne Mitglied durch Anerkennung der Satzung dem Verband das Recht zur Geltendmachung seiner Unterlassungsansprüche einräumt, da ausdrücklich als Zweck des Vereins Schutz der Verkaufspreise angegeben ist und als Wille der beitretenden Mitglieder zu unterstellen ist, daß der Verein das Recht haben soll, durch eigenes Vorgehen die Mitglieder zu schützen; daß ein Klagerecht des Vereins durch besondere Ermächtigung des verletzten Mitgliedes begründet werden kann, bedarf keiner Erörterung, da ja der Verein als solcher ein eigenes Interesse an der Geltendmachung hat.

Das Klagerecht des Vereins gegen reversgebundene Händler ergibt sich ohne weiteres aus der jetzt geltenden Fassung der Verpflichtungsscheine, die von den Abnehmern der verschiedenen Mitglieder formularmäßig unterschrieben werden; diese Verpflichtungsscheine lauten nämlich dahin, daß der Unterzeichner sich auch dem Verband gegenüber hinsichtlich der von den Mitgliedern des Verbandes hergestellten Waren verpflichtet, die Preise und die den Preis oder das Preissystem beeinflussenden Bindungen einzuhalten.

Wenn der Verband eine Unterlassungsklage erhebt, so muß diese in jedem Fall darauf gestützt werden, daß das Recht eines bestimmten Mitglieds an einem bestimmten Markenartikel verletzt worden ist; infolgedessen kann mit der Klage nicht etwa Unterlassung des Preisschleuderns bezüglich aller Markenartikel der im Verband zusammengeschlossenen Fabrikanten, sondern nur Unterlassung des Preisschleuderns gerade bei dem bestimmten Artikel verlangt werden, auf den sich das verletzte Recht bezieht. Das liegt nur in der Konsequenz des hier grundsätzlich ein-

genommenen Standpunkts. Diese Frage ist im übrigen auch bei dem letzten, den Buchhandel betreffenden Urteil des Reichsgerichts vom 26. 10. 1928 (Jur. Wochenschrift 1929 S. 249) zur Erörterung gekommen. Es handelte sich in diesem Falle lediglich um Preisschleuderei bezüglich e i n e s bestimmten Werkes (Duden), dessen Ladenpreis von der Beklagten nicht eingehalten worden war. Das Reichsgericht führt in dem Urteil aus, es könne dahingestellt bleiben, ob das Ladenpreis s y s t e m des Buchhandels an und für sich lückenlos durchgeführt worden sei; entscheidend sei, ob gerade bezüglich des e i n e n Werkes, dessen Ladenpreis unstreitig nicht eingehalten worden war, das Reverssystem lückenlos durchgeführt worden sei.

Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 (R. G. Bl. S. 311 ff.).

Fünfter Abschnitt.

Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen.

§ 1.

1. Die Reichsregierung kann

a) Verträge oder Beschlüsse der im § 1 der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 (Reichsgesetzbl. I S. 1067) bezeichneten Art, die Verpflichtungen über die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten, für nichtig erklären oder eine bestimmte Art ihrer Durchführung untersagen;

b) die Anwendung von Geschäftsbedingungen oder von Arten der Preisfestsetzung untersagen, die jemanden in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränken;

c) Handlungen untersagen, die, ohne unter die Bestimmungen zu a und b zu fallen, nach Lage der Verhältnisse, den Umständen des Falles oder der Art, wie verfahren wird oder verfahren werden soll, im wesentlichen den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen geeignet sind, insbesondere Empfehlungen, die sich auf Arten der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen beziehen, oder die Anwendung eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Druckes im Sinne der Befolgung derartiger Empfehlungen,

wenn die Wirtschaftlichkeit der Erzeugung oder des Verkehrs mit Waren oder Leistungen beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt wird.

2. Ferner kann die Reichsregierung anordnen, daß Parteien von Verträgen zurücktreten können, die unter den gemäß Abs. 1 beanstandeten Voraussetzungen abgeschlossen worden sind. Das Rücktrittsrecht ist unverzichtbar; es erlischt, wenn der Rücktritt nicht innerhalb der in der Anordnung bestimmten Frist erklärt wird. §§ 346 bis 356 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2

und Abs. 6 der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen finden entsprechende Anwendung.

3. Als Verträge im Sinne des § 1 der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen gelten auch solche Verträge, durch die sich mehrere selbständige Unternehmungen, welche der gleichen Wirtschaftsstufe angehören, einzeln gegenüber anderen in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.

§ 2.

Wenn die Voraussetzungen für Maßnahmen nach § 1 vorliegen, kann die Reichsregierung die Eingangszölle für zollpflichtige Waren, auf die sich die im § 1 genannten Bindungen beziehen, herabsetzen oder aufheben.

§ 3.

1. Vor Erlaß einer Maßnahme nach §§ 1 und 2 soll die Reichsregierung die beteiligten Wirtschaftskreise hören. Sie soll den Vorläufigen Reichswirtschaftsrat um eine gutachtliche Stellungnahme ersuchen.

2. Maßnahmen nach dieser Verordnung sind im Reichsanzeiger öffentlich bekanntzumachen und wirken vom Tage der Bekanntmachung ab.

§ 4.

Ist der Markteinfluß eines der im § 1 bezeichneten Vorgänge örtlich beschränkt, so werden die der Reichsregierung nach § 1 zustehenden Befugnisse im Einvernehmen mit ihr von der Landesregierung oder einer von dieser bezeichneten Stelle ausgeübt.

Wird das Gebiet mehrerer Länder berührt, so kann die Reichsregierung im Einvernehmen mit den Regierungen der beteiligten Länder die Stelle bestimmen, die für die Ausübung der Befugnisse nach § 1 zuständig ist.

§ 5.

Wer einer nach dieser Verordnung erlassenen Maßnahme zuwiderhandelt, ist auf Antrag der zuständigen obersten Reichsbehörde, im Falle des § 4 auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bezeichneten Stelle, von dem Vorsitzenden des Kartellgerichts oder seinem Vertreter mit einer Ordnungsstrafe zu belegen. Die Ordnungsstrafe besteht in Geldstrafe, deren Höchstmaß unbeschränkt ist. Die Beitreibung erfolgt nach den Vorschriften der Reichsabgabenordnung.

Literaturverzeichnis.

1. Selbständige Werke.

G. Alexander-Katz: Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, Berlin 1929.
Baumbach: Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1929.
Becher: Wettbewerbsrecht, Berlin 1928.
Callmann: Der unlautere Wettbewerb, Kommentar, Mannheim 1929.
Daniels: Firmenveräußerung und Unternehmensrecht, Mannheim 1929.
Fahrenbruch: Verkaufsbetrieb von Markenartikeln, Gießen 1927.
Findeisen: Die Markenartikel im Rahmen der Absatzökonomik der Betriebe, Berlin 1924.
Finger: Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, 3. Aufl., Berlin 1926.
Finger: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl., 1910.
Goldbaum: Kartellrecht und Kartellgericht, 2. Aufl., Berlin 1926.
Hagens: Warenzeichenrecht, Kommentar, Berlin 1927.
Haußmann-Holländer: Die Kartellverordnung, München 1925.
Hedemann: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena 1929.
Hentschel: Betriebsverhältnisse und Preisverhältnisse im Einzelhandel, Berlin 1928.
Hentschel: Fabrikmarken oder Handelsmarken?, Halle a. S. 1929.
Herzberg: Die Preisschleuderei und die Mittel ihrer Bekämpfung, Greifswald 1916.
Hirsch: Der Handel (im Grundriß der Sozialökonomik V 2), 2. Aufl., Tübingen 1925.
Hirsch: Das amerikanische Wirtschaftswunder, Berlin 1926.
R. Isay: Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.
R. Isay-Nipperdey: Die Reform des Kartellrechts, Berlin 1929.
Isay-Tschierschky: Kartellverordnung, Mannheim 1925.
Kestner-Lehnich: Der Organisationszwang. 2. Aufl., Berlin 1927.
Kohler: Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1914.
Lehnich-Fischer: Das deutsche Kartellgesetz, Berlin 1924.
Liefmann: Kartelle, Konzerne und Trusts, 7. Aufl., Stuttgart 1927.
Lucae: Außenseiter von Kartellen, Berlin 1929.
Mataja: Die Reklame, 4. Aufl., München 1926.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht.
Nipperdey: Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin 1930.
Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927.
Pinzger-Heinemann: Das deutsche Warenzeichenrecht, Berlin 1926.
Reiche: Das Recht am Unternehmen, Greifswald 1920.
Rosenthal: Wettbewerbsgesetz, 7. Aufl., Berlin 1928.
Schröter: Der Rücktritt vom Kartell, München 1927.
Seligsohn: Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, 3. Aufl., Berlin 1925.
Sellert: Markenartikel und Preispolitik, Freiburg 1927.
Sombart: Der moderne Kapitalismus, III. 2, München 1928.
Steinkopff: Organisationsfragen und Preisgestaltung auf dem deutschen Büchermarkt, Leipzig 1925.
Ulmer: Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, Berlin 1929.
Winterhoff: Die Krisis im deutschen Buchhandel als Folge seiner Kartellierung, Karlsruhe 1927.
Wieland: Handelsrecht, München, Leipzig 1921.
Wolff-Crisolli: Das Recht der Reklame, Berlin 1929.

2. Aufsätze und Zeitschriften:

Baum: Über „Konzernzeichen" und die „Selbständigkeit des Rechts an der Marke" in G. R. U. R., 1929, S. 275.
Baumbach: Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht in J. W. Sch., 1930, S. 1643.
Baumbach: Die Grenzen erlaubten Wettbewerbs, namentlich die Preisunterbietung in M. u. W. XXX, S. 2.
Blum: Zur Systematik der Reversverträge in Kart. R., 1927, S. 383 ff.
Callmann: Kartellgericht und Reichsgericht in ihrer Stellung zum unlauteren Wettbewerb, insbesondere zu der Frage der Preisbindung von Markenartikeln in Kart. R., 1927, S. 547 ff.
Callmann: Außenseiter und Kampfpreise in J. W. Sch., 1930, S. 1647.
Caro: Reichsgericht und Oberlandesgerichte in G. R. U. R., 1930, S. 480.
Deiters: Die Diktatur der Markenartikel in Deutsche Arbeit, 192 S.
Elster: Unlauterer oder unerlaubter Wettbewerb? in Leipziger Zeitschr., 1927, S. 1075.
Findeisen: Die Typisierung im Warenhandel in Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis, 1919/20, S. 201.
Finger: Preisschleuderei und Schutz dagegen in M. u. W. XIV, S. 298 ff.
Fluhme: Preisunterbietung bei Markenartikeln nach deutschem und ausländischem Recht in Kart. R., 1927, S. 451 ff.
Goldbaum: Der neue Formalismus der Rechtsprechung über den unlauteren Wettbewerb in G. R. U. R., 1927 S. 781.
Goldbaum: Unlauterer Wettbewerb zum Wohl der Allgemeinheit in Leipziger Zeitschrift, 1927, S. 723.
Goldbaum: Das Rechtsgefühl als Entscheidungsgrund in G. R. U. R., 1929, S. 298.

Hollaender: Zur Frage der Sperre durch Markenschutzverbände in Kart. R., 1927, S. 392 ff.
Hüssener: Kartellgericht und Preisschleudereibekämpfung in G. R. U. R., 1927, S. 447 ff.
Ilchmann: Einheitsrevers und Preisbindung für Markenartikel in Edeka — Deutsche Handelsrundschau, 1927, S. 647.
H. Isay: Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke in G. R. U. R., 1929, S. 23.
H. Isay: § 1 U. W. G. und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes in G. R. U. R., 1928, S. 421.
R. Isay: Preisbindung bei Markenartikeln in Kart. R., 1927, S. 98 ff. und in G. R. U. R., 1927, S. 166 ff.
Leander: Zur Frage der Preisschleuderei in G. R. U. R. XIX, S. 109 ff.
Marquardt: Immaterielles Güterrecht und Persönlichkeitsrecht in G. R. U. R. XIX, S. 142 ff.
Mitteis: Der Verkauf von Büchern unter dem Ladenpreis durch Warenhäuser im Recht 1906, S. 534.
Pinzger: Preisschleudern und gute Sitten in Kart. R., 1928, S. 345.
Recken: Die Bekämpfung der Preisschleuderei mit Markenartikeln in G. R. U. R. XX, S. 24 ff.
Recken: Preisschleudereiprozesse von Schutzverbänden in Leipziger Zeitschr. 1916, S. 932.
Reichel: Reverssystem und Außenseiter im Archiv f. d. zivilistische Praxis, 1927, S. 257 ff.
Rosen: Die Verwertung von Markenartikeln im Konkurse in G. R. U. R., 1928, S. 738 ff.
Rosenthal: Preisschleudern mit Markenartikeln in M. u. W. XX, S. 32 und 195.
Rosenthal: Preisschleudern mit Markenartikeln in G. R. U. R., 1915, S. 195.
Rosenthal: Preisschleudern mit Markenartikeln in Jur. W. Schr., 1915, S. 227 ff.
Rosenthal: Zweck und Mittel im Wettbewerbskampf in Leipziger Zeitschr., 1927, S. 718.
Rosenthal: Reverssystem und Außenseiter in G. R. U. R., 1927, S. 786.
Salinger: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot) 62, S. 289 ff.
Salinger: Das Verhältnis des § 826 BGB. zu § 1 U. W. G. in J. W. Schr., 1916, S. 1242.
Smoschewer: Unabhängigkeit und Übertragung der Marken in G. R. U. R., 1929, S. 144.
Spier: Markenartikel und lückenloses Reverssystem in G. R. U. R., 1929, S. 657.
Steindamm: Markenschutzverbände als Preiskartelle in Kart. R., 1927, S. 169 ff.
Tschierschky: Markenschutzverbände als Preiskartelle in Kart. R., 1926, S. 61 ff.
Tschierschky: Die Preisbindung der zweiten Hand in Wirtschaftsdienst, 1928, S. 1965 ff.

Tschierschky: Die Preisbindung der zweiten Hand als wirtschaftliches Organisations- und Rechtsproblem in Kart. R., 1929, S. 88 ff, 136 ff., 200 ff.
Tschierschky: Der Preisschutz in Markenartikeln in Zeitschrift für Waren- und Kaufhäuser, 27. Jg., Nr. 24, S. 1 ff.
Wassermann: Der Entwurf eines Warenzeichengesetzes in J. W. Schr., 1913, S. 1178 ff.
Weidenhammer: Kettenladen in Front in Voss. Zeitg., 1929, Nr. 221.
Wernicke: Der Verkauf von Markenartikeln unter Preis in G. R. U. R. XX, S. 35 ff.
Wertheimer: Der Rücktritt von Verträgen wegen Schädigung allgemein wirtschaftlicher Interessen in Leipziger Zeitschr., 1924, S. 682.
Wertheimer: Zur Frage der Überspannung des Wettbewerbsgedankens in G. R. U. R., 1928, S. 250.
Wertheimer: Ein Beitrag zum Kampf um § 1 U. W. G. in G. R. U. R., 1928, S. 526 ff.
Wittgensteiner: Preisunterbietung bei Markenartikeln in Kart. R., 1927, S. 458 ff.
Unbekannter Verfasser: Markenware — Preisschutz oder Verbraucherschutz? im Magazin der Wirtschaft, 1929, S. 605 ff.